analisi e diritto

serie teorica

1

Volumi della collana:

Serie teorica:

1. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, prima edizione, 1990, pp. 346; seconda edizione, 1992, pp. 328.
2. L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, 1990, pp. 194.
3. M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, 1990, pp. 318.
4. G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, 1990, pp. 210.
5. R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, 1991, pp. 172.
6. P. COMANDUCCI, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, 1991, seconda edizione, pp. 272.
7. L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, 1991, pp. 496.
8. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91*, 1992, pp. 316.

Serie storica:

1. G.G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale. I. Dal medioevo inglese al 1791*, 1991, pp. 240.

riccardo guastini

dalle fonti alle norme

seconda edizione

g. giappichelli editore

Sommario

Introduzione

I.

Disposizione vs. norma

1. Interpretazione

Intendo per 'interpretazione (giuridica)' l'attribuzione di senso (o significato) ad un testo normativo[1]. Chiamo 'testo normativo' qualsiasi documento elaborato da un'autorità normativa, e perciò identificabile *prima facie* come fonte del diritto entro un sistema giuridico dato.

L'interpretazione costituisce, a rigore, un'attività mentale:

[1] Cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 389 ss., 403 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980, cap. I. Questa definizione è intesa a sottolineare la componente volitiva e decisoria dell'attività interpretativa. Tale sottolineatura pare opportuna in presenza di perduranti dottrine che, al contrario, configurano l'interpretazione come attività conoscitiva, o comunque diretta alla conoscenza. In tal senso, si veda ad es., nella letteratura più recente, M. Jori, *Interpretazione*, in M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988. Siffatte dottrine, sono, evidentemente, condizionate dall'ideologia della fedeltà alla legge: il problema dell'interprete è "accertare" (dunque conoscere) il diritto onde applicarlo fedelmente. Si può osservare che, in sede teorica, la configurazione dell'interpretazione come attività conoscitiva si fonda sovente sopra la confusione tra: interpretazione propriamente detta (ascrizione di senso ad una disposizione) e rilevamento (empirico) di interpretazioni altrui. Cfr. ad es. G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica* (1965), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

un'attività dello "spirito", come suol dirsi. Ma, considerata come attività mentale, l'interpretazione non sarebbe suscettibile di analisi logica: al più, si potrebbe sottoporla ad indagine psicologica. Volendo invece sottoporre l'interpretazione ad analisi logica, conviene concepirla non già come un'attività mentale, ma piuttosto come un'attività discorsiva; o, se si vuole, conviene prendere in esame non l'attività interpretativa in quanto tale, ma piuttosto il suo prodotto letterario (sia esso un lavoro di dottrina, un provvedimento giurisdizionale, o altro). Da questo punto di vista, l'interpretazione viene in rilievo in quanto espressione discorsiva di un'attività intellettuale: l'interpretazione è il discorso dell'interprete.

Orbene, il discorso dell'interprete è costituito da enunciati, la cui forma standard - si può convenire - è la seguente:

"T" significa S

Chiamo 'enunciati interpretativi' gli enunciati provvisti di questa forma, o comunque riconducibili a questa forma.

Nella formula «"T" significa S», la variabile **T** sta per un testo del discorso delle fonti; la variabile **S** sta per il senso o significato ascritto a quel testo dall'interprete. Nella formula, la variabile **T** è posta tra virgolette per l'ovvia ragione che, entro l'enunciato interpretativo, ossia entro il discorso dell'interprete, essa costituisce una citazione testuale del discorso delle fonti.

2. Disposizione e norma

Un documento normativo (una fonte del diritto) è un aggregato di enunciati del discorso prescrittivo.

Si dice 'discorso prescrittivo' (direttivo, normativo, precettivo, o comunque lo si voglia chiamare) il discorso usato per modificare il comportamento di uomini.

Si dice 'enunciato' qualsivoglia espressione in lingua di forma compiuta. Si badi che l'enunciato non coincide (necessariamente) con il singolo articolo di legge, o con il singolo comma. Un articolo di legge o un suo comma può ben essere costituito, come sovente accade, da una pluralità di enunciati.

A questo riguardo, i giuristi parlano talvolta di "proposizione giuridica", "proposizione normativa", e simili. Conviene forse precisare, tuttavia, che 'enunciato' non è sinonimo di 'proposizione' in

senso grammaticale (men che mai di 'proposizione' in senso logico)[2]. Per un verso, infatti, non tutti gli enunciati constano di una sola proposizione; e, per un altro verso, non tutte le proposizioni sono enunciati. Un enunciato può essere alternativamente: (a) o una "frase semplice", cioè una proposizione indipendente; (b) o una "frase complessa", cioè un aggregato indipendente di proposizioni, costituito da una proposizione principale e da una o più proposizioni a questa subordinate.

Orbene:

(1) chiamo 'disposizione' ogni enunciato che sia parte di un documento normativo, ossia ogni enunciato del discorso delle fonti;

(2) chiamo 'norma' ogni enunciato che costituisca il senso o significato ascritto (da qualcuno) ad una disposizione (o ad un frammento di disposizione, o ad una combinazione di disposizioni, o ad una combinazione di frammenti di disposizioni).In altri termini, si può anche dire così: la disposizione è (parte di) un testo ancora da interpretare; la norma è (parte di) un testo interpretato.

Dunque, nella formula degli enunciati interpretativi, «"T" significa S», la variabile **T** sta, tipicamente, per una disposizione; la variabile **S** sta per una norma. Per rendere più trasparente questa formula, si potrebbe riscriverla, usando simboli diversi, in questo modo: «"**D**" significa **N**», oppure «"**D**" esprime **N**», dove **D** sta ovviamente per una disposizione, e **N** sta per una norma.

3. Interpretazione e traduzione

Non sarà sfuggito che, secondo la mia proposta definitoria, sia il termine 'disposizione' sia il termine 'norma' denotano enunciati. Sono enunciati non solo le disposizioni, ma altresì le norme: non solo i testi (o certe parti dei testi), ma altresì i loro significati. Questo punto richiede forse un chiarimento. E a tale scopo conviene tornare sul concetto d'interpretazione[3].

Secondo la mia stipulazione, il discorso dell'interprete è palesemente assimilabile al discorso del traduttore. Più precisamente:

---

[2] Una proposizione in senso logico è un enunciato (interpretato) al quale convengano i valori di verità (i.e. 'vero' e 'falso').

[3] Cfr. R. Guastini, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in S. Castignone / R. Guastini / G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, III ed., ECIG, Genova, 1981, pp. 20 ss.

l'interpretazione e la traduzione sono congeneri. Tanto l'interpretazione quanto la traduzione, infatti, altro non sono che riformulazioni di testi. 'Tradurre' significa riformulare un testo in una lingua diversa da quella in cui esso è formulato. 'Interpretare' significa riformulare un testo non importa se nella stessa lingua in cui è formulato (come di regola accade) o in una lingua diversa. In diritto, l'interpretazione è riformulazione dei testi normativi delle fonti.

Ebbene, come la traduzione consiste nel produrre un enunciato, in una certa lingua, che il traduttore assume essere sinonimo di un enunciato diverso, in un'altra lingua; così nell'interpretazione giuridica l'interprete produce un enunciato, appartenente al suo linguaggio, che egli assume essere sinonimo di un diverso enunciato, appartenente al linguaggio delle fonti.

Potremmo dire così: nella formula «"**D**" significa **N**», la variabile **D** sta per l'enunciato interpretato, mentre la variabile **N** sta per l'enunciato interpretante. Il vocabolo 'significa' (o l'analogo 'esprime') svolge la funzione di istituire una relazione di sinonimia tra i due enunciati.

Risulta chiaro, da questo punto di vista, che la disposizione e la norma non sono entità eterogenee. Dal punto di vista ontologico - se posso usare questa parola inquietante - la disposizione e la norma sono entità omogenee: l'una e l'altra sono nulla più che enunciati. La disposizione (enunciato interpretato) è un enunciato del discorso delle fonti; la norma (enunciato interpretante) è un enunciato del discorso dell'interprete, che l'interprete ritiene sinonimo della disposizione e che pertanto può, a suo avviso, essere sostituito alla disposizione senza perdita di significato.

In altre parole: sarebbe errato pensare che la disposizione, in quanto frammento di lingua, sia un oggetto empirico, percepibile ai sensi, e che invece la norma, in quanto "significato", sia un enigmatico costrutto mentale. Non vi è altro modo di formulare un significato se non mediante parole, e i significati non hanno una "esistenza" indipendente dalle parole con cui sono espressi. Pertanto, la distinzione tra disposizione e norma non vuol essere una distinzione ontologica tra gli enunciati e qualcosa di diverso dagli enunciati. Si tratta, più modestamente, della distinzione tra due classi di enunciati.

Insomma, la distinzione tra disposizione e norma non fa che riprodurre, in modo forse non ovvio, la distinzione, del tutto ovvia, tra discorso delle fonti e discorso dei giuristi-interpreti.

La disposizione è un enunciato che costituisce l'oggetto dell'interpretazione. La norma è un enunciato che costituisce il prodotto, o

risultato, dell'interpretazione. In tal senso, le norme sono - per definizione - variabili dipendenti dell'interpretazione[4].

4. 'Norma' nel linguaggio comune dei giuristi

Forse non è inopportuno sottolineare che la distinzione tra disposizione e norma è pressoché sconosciuta al comune linguaggio dei giuristi (specie dei civilisti)[5]. Non perché siano estranei al linguaggio dottrinale e giurisprudenziale i termini, nei quali la distinzione è formulata. Bensì perché i giuristi usano indifferentemente l'uno o l'altro termine - talvolta 'disposizione', talaltra 'norma' - per riferirsi sia agli enunciati del discorso delle fonti, sia al loro contenuto di significato: sia all'oggetto, sia al prodotto dell'interpretazione.

Quand'anche distinguono - come pure talora accade - tra disposizione e norma, i giuristi tendono però a identificare *sic et simpliciter* la disposizione con l'articolo di legge, o con il singolo comma. In questi casi, la distinzione è introdotta al solo scopo di mettere in evidenza come uno stesso articolo o comma possa "contenere" più "norme": intese le norme come altrettanti enunciati indipendenti, cioè come disposizioni.

Questi modi di esprimersi non nascono da noncuranza, o almeno non solo da noncuranza. Nascono dalla credenza (non so quanto consapevole) che tra le norme e le formulazioni di norme vi sia corrispondenza biunivoca: come se ad ogni disposizione

---

[4] Da questo punto di vista, interpretare è non già "conoscere", ma "produrre" norme. Propriamente, la locuzione 'conoscere norme' può solo designare (non certo l'interpretazione, ma piuttosto) la constatazione, la descrizione, il rilevamento di una o più interpretazioni (altrui). L'interpretazione appartiene al genere delle definizioni cosiddette stipulative, o definizioni per antonomasia (proposte di attribuzione di un dato senso ad un dato vocabolo). Per contro, la descrizione di interpretazioni altrui appartiene al genere delle definizioni cosiddette lessicali (rilevamenti di usi linguistici effettivi). Cfr. R. Guastini, *Genaro Carrió e la trama aperta del diritto*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, c...

[5] Si veda tuttavia P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1984, cap. VIII, spec. pp. 188-189, secondo il quale «non ogni articolo stabilisce una norma completa» e «in uno stesso articolo vi possono essere più previsioni normative, più norme». Cfr. anche P. Perlingieri, *Scuole tendenze metodi. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, p. 283.

corrispondesse una (sola) norma, e ad ogni norma corrispondesse una (sola) disposizione.

A sua volta, questo atteggiamento suppone una dottrina normativistica del diritto e una dottrina formalistica dell'interpretazione.

Da un lato, il diritto è concepito non come un insieme di documenti normativi, di decisioni interpretative, e di prassi applicative, bensì come un sistema di "norme". Norme, beninteso, che sono precostituite all'interpretazione e all'applicazione.

Dall'altro lato, l'interpretazione è concepita come conoscenza di norme bell'e fatte, e non come costruzione di norme a partire da testi. Talché è sensato distinguere tra interpretazione "vera" e interpretazione "falsa" (di "norme"), come pure tra applicazione "fedele" e disapplicazione (di "norme", sempre)[6].

5. Disposizione e norma in Vezio Crisafulli

La distinzione tra disposizione e norma palesemente riecheggia - e, all'apparenza, itera - una nota distinzione elaborata da Vezio Crisafulli[7].

Si tratta di una distinzione omonima, che è usata oggi abbastanza diffusamente, nella cultura giuridica italiana, soltanto nell'ambito della letteratura costituzionalistica (dove è impiegata soprattutto per classificare le sentenze costituzionali, specie di accoglimento)[8].

[6] In proposito, cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 87 ss., 389 ss.

[7] Cfr. V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., CEDAM, Padova, 1984, pp. 39 ss.

[8] M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in "Giurisprudenza costituzionale", I, 1956; V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in "Giurisprudenza costituzionale", I, 1956; T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in "Rivista di diritto processuale", XII, 1957; E.T. Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", XII, 1957; L. Montesano, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", XIII, 1958; L. Montesano, *Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme*, in "Rivista di diritto processuale", XVIII, 1963; A. Pizzorusso, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", XIII, 1963; A. Pace,

Vorrei sottolineare, però, che la distinzione da me proposta, malgrado le apparenze, non coincide con quella di Crisafulli: si limita a mutuarne, per comodità, il lessico. Le ascendenze concettuali della distinzione, così come io l'ho tracciata, vanno ricercate non nella dottrina delle fonti di Crisafulli, ma nella teoria dell'interpretazione di Giovanni Tarello[9].

In primo luogo, nella dottrina di Crisafulli il concetto di disposizione non è del tutto chiaro. Crisafulli, infatti, sembra identificare la disposizione talvolta con il testo legislativo, talaltra con uno dei suoi possibili significati (parrebbe: il significato letterale, o significato *prima facie*).

Senonché qualunque significato attribuito ad un testo normativo - non escluso il significato letterale - è altro dal testo medesimo:

Identità o differenza tra la questione di costituzionalità della norma e la questione di costituzionalità della interpretazione?, in "Giurisprudenza costituzionale", X, 1965; V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, cit.; V. Crisafulli, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. V, Giuffré, Milano, 1969; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, pp. 22 ss.; C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. II, Giuffré, Milano, 1979; A. Pizzorusso / G. Volpe / F. Sorrentino / R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna - Roma, 1981, spec. pp. 113 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., pp. 39 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova, 1984, sez. I; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., UTET, Torino, 1985, pp. 23 ss., 31 s., 971 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 279 ss. Aggiungi: M.S. Giannini, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", VII, 1954.

[9] G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., spec. parte II; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit. In proposito, cfr. P. Chiassoni, *Precetti non logicamente strutturati. In margine alla teoria della norma giuridica di Giovanni Tarello*, in *Omaggio a Giovanni Tarello*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVII, 1987, n. 2; R. Guastini, *Questione di stile*, ivi; R. Guastini, *Giovanni Tarello giurista. Introduzione*, in S. Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989. Qualche spunto sulla distinzione tra disposizione e norma può leggersi anche in C. Grzegorczyk / T. Studnicki, *Les rapports entre la norme et la disposition légale*, in *Le langage du droit*, "Archives de philosophie du droit", 19, 1974; nonché in P. Amselek, *Le droit dans les esprits*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

secondo la mia stipulazione, anche il significato letterale è una norma, e non già una disposizione.

In secondo luogo, Crisafulli adotta una nozione alquanto ristretta di norma, tale per cui non tutti gli enunciati delle fonti sono idonei ad esprimere norme. E d'altra parte egli sembra riservare il nome di 'disposizione' (sottinteso: normativa) a quei soli enunciati che per l'appunto esprimono norme. Così, ad esempio, non sarebbero propriamente disposizioni (normative) le formule che manifestano i motivi della legge, le "dichiarazioni didascaliche od esortative", le formule di abrogazione, gli enunciati che iterano norme previgenti (e che quindi non "innovano" il diritto oggettivo: è il caso dei testi unici di mera compilazione), come pure le prescrizioni che non siano generali ed astratte (è il caso delle leggi a contenuto provvedimentale).

Dunque, ritiene Crisafulli che non tutti gli enunciati delle fonti costituiscano disposizioni. Questo modo di vedere, però, sortisce l'effetto di dissolvere la distinzione fra testo e significato, giacché identificare un dato enunciato come una disposizione, così intesa, non è più cosa preliminare all'interpretazione: al contrario, la presuppone. Sicché anche le disposizioni, non diversamente dalle norme, risultano frutto d'interpretazione.

In terzo luogo, Crisafulli chiama "disposizioni" non solo gli enunciati letteralmente contenuti nelle fonti, ma anche quegli enunciati che sono costruiti dagli interpreti combinando tra loro frammenti di linguaggio normativo ricavati da diversi (e magari irrelati) enunciati delle fonti.

Ora, non sono sicuro che il risultato di siffatte operazioni di scomposizione e ricomposizione dei documenti normativi possa dirsi una "disposizione": sospetto che si tratti piuttosto di una norma. Se comunque vogliamo chiamarla "disposizione", dobbiamo allora precisare che abbiamo a che fare con una disposizione "apocrifa": un enunciato non formulato ed emanato da un'autorità normativa, ma elaborato dagli interpreti con idonee tecniche manipolatorie.

In quarto luogo, per Crisafulli non qualunque prodotto dell'interpretazione è una norma. Egli riserva il nome di 'norma' a quella interpretazione - da lui oscuramente chiamata "norma-ordinamento" o interpretazione "vera" - che è frutto di costruzione sistematica.

Ma, così facendo, Crisafulli compie evidentemente un'operazione ideologica, che tende, per un verso, a screditare l'interpretazione letterale e psicologica (secondo l'intenzione del legislatore storico, in carne ed ossa) e, per un altro verso, ad avvalorare invece

l'interpretazione sistematica, cui è conferito il nome suggestivo di "interpretazione vera".

6. Non corrispondenza biunivoca tra disposizioni e norme

Ho accennato sopra a quella credenza diffusa, secondo la quale tra norme e formulazioni di norme vi sarebbe corrispondenza biunivoca. Vorrei ora mostrare che si tratta di una credenza fallace. Tra disposizioni e norme, corrispondenza biunivoca non si dà. E ciò per diverse ragioni, che passo ad enumerare[10].

(1) In primo luogo, ogni disposizione è (più o meno) vaga ed ambigua, talché tollera diverse e confliggenti attribuzioni di significato. In tal senso, ad una sola disposizione - ad ogni disposizione - corrisponde non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme disgiunte. Una sola disposizione esprime più norme disgiuntamente: l'una o l'altra norma, a seconda delle diverse possibili interpretazioni.

Volendo rappresentare simbolicamente questa situazione, potremmo scrivere così:

$$D \Rightarrow N1?\ N2?\ N3?$$

Il punto è abbastanza ovvio, e non occorre esemplificare. Questo tipo di dissociazione tra disposizioni e norme si manifesta in ogni controversia interpretativa. Ad ogni modo, se ne può trovare un buon esempio in qualsiasi sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale.

(2) In secondo luogo, anche a prescindere da controversie e dubbi interpretativi, molte disposizioni - forse: tutte le disposizioni - hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. In tal senso, ad una sola disposizione corrispondono più norme congiuntamente. In simboli:

---

[10] In proposito, cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 279 ss.; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, parte I, cap. I; R. Guastini, *In tema di "conoscenza del diritto"*, in "Il foro italiano", luglio-agosto 1987, V; R. Guastini, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in S. Bartole (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, CEDAM, Padova, 1988.

$$D \Rightarrow N1 + N2 + N3$$

Così, ad esempio, la disposizione dell'art. 1417 cod. civ. ("La prova per testimoni della simulazione è ammissibile senza limiti, se la domanda è proposta da creditori o da terzi e, qualora sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, anche se è proposta dalle parti") esprime almeno tre, se non quattro, norme distinte: (a) La prova per testimoni è ammissibile se la domanda è proposta da creditori; (b) La prova per testimoni è ammissibile se la domanda è proposta da terzi; (c) La prova per testimoni è ammissibile se la domanda è proposta dalle parti e se è diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato; (d) La prova per testimoni non è ammissibile se la domanda è proposta dalle parti ma non è diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato.

(3) In terzo luogo, può accadere (per quanto raramente) che due disposizioni siano perfettamente sinonime, che l'una sia mera iterazione dell'altra: in questi casi, a due disposizioni corrisponde una sola norma. In simboli:

$$D1 \Rightarrow N$$
$$D2 \Rightarrow N$$

Un esempio scelto a caso: secondo un'interpretazione ragionevole, l'art. 8 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, "La Regione esercita la potestà legislativa sulle materie e nei limiti stabiliti dalla Costituzione e secondo le norme del proprio Statuto", non fa che iterare una serie di norme già espresse in diverse disposizioni costituzionali (artt. 117, 120, 123).

Come pure può accadere (e ciò è più frequente) che due disposizioni siano non perfettamente, ma, per così dire, parzialmente sinonime. Nel senso che esse esprimono due insiemi di norme che si sovrappongono in parte; ovvero ciascuna di esse esprime una pluralità di norme, tale che una o più norme espresse dalla prima disposizione siano anche espresse (ridondantemente) dalla seconda. In simboli:

$$D1 \Rightarrow N1 + N2 + N3$$
$$D2 \Rightarrow N3 + N4 + N5$$

Per esempio, si può ritenere che la norma secondo cui i regolamenti dell'esecutivo sono gerarchicamente subordinati alla legge (la conformità alla legge è condizione di validità dei regolamenti) sia espressa - insieme ad altre norme - sia dall'art. 4, I comma, disposizioni sulla legge in generale, sia dall'art. 5, legge 20 marzo 1865, all. E, sul contenzioso amministrativo.

7. Disposizioni senza norme

Ho adottato, fin qui, un concetto di norma piuttosto ampio, tale per cui: qualsiasi enunciato del discorso delle fonti - sia esso un comando, un'autorizzazione, una dichiarazione di principio, un programma politico, una definizione legislativa, o quant'altro - esprime (almeno) una norma. Tuttavia, sono correnti in dottrina e in teoria generale del diritto taluni concetti di norma assai più ristretti.

Per esempio, alcuni limitano il concetto di norma alle regole di condotta: comandi, divieti, autorizzazioni. Da questo punto di vista, non ogni disposizione è idonea ad esprimere una norma in senso proprio. Esprimono norme solo gli enunciati che siano deontici e che (perciò stesso) vertano sulla condotta: "E' obbligatorio compiere l'atto A", "E' vietato compiere l'atto B", etc.[11]. Non esprimono norme le disposizioni abrogatrici, le definizioni legislative, le disposizioni programmatiche, e così via.

Altri riservano il nome di "norma" a regole di condotta che siano, diciamo così, "complete" o - meglio - "compiute"[12]: regole, insomma, autosufficienti, che precisino chi debba (possa, non debba) fare che cosa in quali circostanze. Da questo punto di vista, un enunciato della forma "E' obbligatorio compiere l'atto A" esprime non una norma, ma soltanto una parte, un frammento, di norma. Una regola "compiuta" in questo senso dovrebbe essere formulata mediante un enunciato condizionale della forma "Se si verifica la

---

[11] Sulla nozione di enunciato deontico, spesso usata ma raramente definita in teoria del diritto, cfr. R. Guastini, *Osservazioni in margine* a E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 39-40; e *infra*, cap. II, nota 7.

[12] Questo termine è impiegato da M. Jori, *In margine all'ultimo Conte*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVI, 1986, al quale è stato suggerito da Tecla Mazzarese.

circostanza A, allora è obbligatorio compiere l'atto B". Per esempio, sarebbe incompiuta la regola "I danni ingiusti devono essere risarciti"; sarebbe forse compiuta (o, piuttosto, meno incompiuta) la regola "I danni ingiusti devono essere risarciti se il danneggiante non ha agito per legittima difesa o in stato di necessità". (Ma, in realtà, è pressoché impossibile precisare quante e quali specificazioni richieda una certa regola perché possa considerarsi compiuta, autosufficiente.)

Ebbene, se si adotta l'una o l'altra di queste nozioni più ristrette di norma, emergono altre ragioni di dissociazione, di non corrispondenza, tra le disposizioni e le norme: giacché si affacciano sulla scena delle disposizioni prive di norme. Peraltro, di disposizioni senza norme si può forse parlare in almeno due sensi diversi.

(1) Da un lato, si può dire - talvolta si dice - che una disposizione non esprime alcuna norma per intendere che essa esprime altro da una norma: ad esempio, un principio, un programma, una direttiva, una valutazione, una motivazione, etc. In simboli, la cosa si potrebbe raffigurare così:

$$D \Rightarrow ?$$

(2) Dall'altro lato, si può dire - e talvolta si dice - che una disposizione non esprime una norma per intendere che essa esprime non già una norma "compiuta", ma solo un frammento di norma.

In questo caso, la norma (compiuta) sarà il frutto dell'interpretazione non già di una singola disposizione, bensì di una pluralità di disposizioni tra loro "combinate". In simboli:

$$D1 + D2 + D3 \Rightarrow N$$

Mi sembra, però, che l'espressione 'frammento di norma' non sia univoca, e si presti ad almeno due ricostruzioni leggermente diverse.

(2.1) Anzitutto, si può dire che una disposizione esprima non una norma compiuta, ma un frammento di norma perché (nel senso che) essa si riferisce non alla condotta, ma ad altre disposizioni o norme (queste, sì, di condotta), determinandone - secondo i casi - il senso o l'ambito di applicazione. E' il caso, ad esempio, delle disposizioni abrogatrici, che delimitano nel tempo il campo di applicazione delle disposizioni abrogate; delle definizioni legislative

che determinano il senso di un termine contenuto in altre disposizioni; delle disposizioni d'interpretazione autentica che determinano il significato da attribuirsi ad altre disposizioni; delle disposizioni che conferiscono uno status, rinviando però ad altre disposizioni la specificazione delle conseguenze giuridiche derivanti dall'acquisizione di quello status; etc.

(2.2) Inoltre, si può dire che una disposizione esprima non una norma compiuta, ma un frammento di norma perché contiene un termine che fa rinvio a - ovvero presuppone la previa interpretazione di - altre disposizioni, le quali definiscono quel termine, o disciplinano l'istituto di cui quel termine è nome.

Un semplice esempio chiarirà questa distinzione. Se si parla di frammenti di norma nel primo senso, la disposizione dell'art. 2 cod. civ., "La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno", è incompiuta: essa costituisce un frammento di molte norme, tra cui, per esempio, la norma espressa dall'art. 48 Cost., "Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età". Se si parla di frammenti di norma nel secondo senso, non solo l'art. 2 cod. civ., ma anche l'art. 48 Cost. risulta incompiuto: entrambe le disposizioni costituiscono frammenti di un'unica norma. Infatti, l'interpretazione dell'art. 48 Cost. presuppone la previa interpretazione dell'art. 2 cod. civ. In altre parole, la norma, secondo cui i cittadini diciottenni sono elettori, non costituisce il significato di alcuna delle due disposizioni isolatamente presa. Essa risulta dalla combinazione di entrambe, trattate dall'interprete come altrettanti anelli di un'unica catena[13].

---

[13] R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., parte I, cap. I. Cfr. anche A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, § 26; A. Ross, *Tû-Tû* (1957), e *La definizione nel linguaggio giuridico* (1958), entrambi in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976: K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà* (1962), ivi. Peraltro, è agevole sostenere che, a rigore, nessuna disposizione può mai esprimere una norma compiuta, interamente autosufficiente. In tal senso, si potrebbe dire che nessuna disposizione esprime una norma: ciascuna disposizione esprime solo un frammento di una o più norme. Il tema è sfiorato da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 25-32, 137-141.

8. Norme senza disposizioni

Infine, occorre dire che, secondo un'opinione (discutibile, ma) assolutamente pacifica tra i giuristi, il sistema giuridico non consta delle sole norme che possono trarsi, mediante interpretazione, dalle disposizioni contenute nelle fonti: esso è affollato altresì di norme prive di disposizione[14]. Dunque, non solo si danno disposizioni senza norme, ma si danno anche norme senza disposizioni[15].

Una norma è priva di disposizione allorché non può essere riferita ad un preciso enunciato delle fonti come suo significato. In simboli, potremmo scrivere così:

$$? \Rightarrow N$$

Peraltro, di norme senza disposizione si può parlare in due sensi alquanto diversi.

(a) In senso debole, una norma è priva di disposizione allorché è ricavata non da una singola disposizione, ma da una pluralità di disposizioni tra loro combinate. (In verità, per chi restringa il concetto di norma alle sole regole "compiute", nel modo che si è detto, probabilmente qualunque norma apparirà priva di disposizione in questo primo senso.)

(b) In senso forte, una norma è senza disposizione quando è una norma implicita o inespressa: una norma, cioè, che non può essere ricavata mediante interpretazione da alcuna specifica disposizione o combinazione di disposizioni reperibile nelle fonti. Una norma inespressa, solitamente, è desunta o da un'altra norma espressa (ad esempio, mediante analogia), o dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, o da qualche sottoinsieme di norme unitariamente considerato (il sistema del diritto civile, il sistema del diritto amministrativo, etc.).

[14] Al riguardo, spunti importanti possono leggersi in N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), ora in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, cit. Su questo ed altri scritti coevi di Bobbio, cfr. M. Barberis, *Bobbio su scienza e giurisprudenza: una rilettura*, in "Annali Giurisprudenza Genova", XX, 1984-1985; R. Guastini, *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXIV, 1987.

[15] E' tesi ricorrente in dottrina che molti princìpi di diritto siano, per l'appunto, norme prive di disposizione.

Tipico, in tal senso, è l'esempio di gran parte dei cosiddetti "princìpî generali" dell'ordinamento giuridico (art. 12 disposizioni sulla legge in generale). Impliciti o inespressi sono anche molti dei "princìpî fondamentali" (art. 117 Cost.) dell'una o dell'altra materia affidata alla competenza legislativa delle regioni (si veda in proposito l'art. 9, I comma, legge 10 febbraio 1953, n. 62).

All'inizio di questo lavoro, ho proposto una definizione di 'norma' (norma = significato ascritto ad una disposizione) tale per cui non possono esservi norme senza una disposizione che le formuli ed esprima. Si tratta di una definizione rigidamente giuspositivistica sotto almeno due aspetti. Da un lato, infatti, tale definizione assume che le norme siano entità *language-dependent*: per l'appunto, non vi sono norme senza un enunciato che le formuli ed esprima; ogni norma è il prodotto di un atto di linguaggio[16]. E' questo per l'appunto un modo di riformulare, in termini analitico-linguistici, la tesi classica del positivismo giuridico, secondo cui non vi sono norme "in natura": cioè non vi sono norme in assenza di atti (umani) che le pongano in essere. Dall'altro lato, tale definizione assume che le norme giuridiche siano entità dipendenti non già dal linguaggio di chicchessia, ma più precisamente dal linguaggio delle fonti, ossia dagli atti linguistici di certi soggetti qualificati come "autorità normative".

Ebbene, è ovvio che, se si accoglie la definizione di norma da me proposta, la locuzione 'norma inespressa' è una sorta di ossimoro. A rigore, non vi sono cose come norme inespresse, giacché una norma o è espressa da una disposizione, o non è.

Ma il concetto di norma utilizzato in questo lavoro non si adatta alle norme inespresse per una ragione ovvia. Tale concetto, poiché riposa a sua volta sopra il concetto d'interpretazione, può applicarsi solo alle norme espresse: a quelle norme che, per definizione, sono appunto il risultato di attività interpretative.

Da questo punto di vista, risalta ben chiaro che le norme inespresse non sono per nulla frutto d'interpretazione, giacché sono ela-

[16] Cfr. C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latino-americana de investigaciones jurídicas y sociales, Valencia, 1979; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981; E. Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, in "Law and Philosophy", IV, 1985. In proposito, cfr. M. Troper, *Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, cit.

borate in assenza di disposizioni che le esprimano. Esse sono frutto di produzione (o integrazione) del diritto[17]. Ecco dunque che la distinzione tra disposizione e norma si presta anche a questo uso: tracciare una linea di demarcazione tra interpretazione di documenti normativi e integrazione del diritto.

---

[17] Cfr. R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

Parte prima

Elementi di analisi del linguaggio normativo

II.

Il linguaggio giuridico

1. 'Linguaggio giuridico' e 'linguaggio normativo'

L'aggettivo 'giuridico' è ambiguo. A seconda dei contesti, 'giuridico' può significare: (a) *del* diritto, *proprio del* diritto, *appartenente al* diritto; (b) *sul* diritto, *riguardante il* diritto, *relativo al* diritto, *concernente il* diritto. Questa ambiguità dell'aggettivo provoca una analoga ambiguità nella locuzione 'linguaggio giuridico'[1].

Nel primo senso di 'giuridico', la locuzione 'linguaggio giuridico' designa il linguaggio delle fonti (o, come pure si usa dire metaforicamente, il linguaggio del "legislatore").

Nel secondo senso di 'giuridico', la medesima espressione designa (o sembra designare) il linguaggio della dottrina, della dogmatica, o della "scienza giuridica" che dir si voglia (insomma, il linguaggio dei giuristi)[2].

---

[1] M. Jori, *Definizioni e livelli di discorso giuridico*, in A. Belvedere / M. Jori / L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffré, Milano, 1979; M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 271 ss.

[2] Cfr. ad es. Z. Ziembinski, *Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement*, in "Archives de philosophie du droit", 19, 1974. Peraltro, la tesi corrente che il discorso dottrinale sia un discorso "sul" diritto - e non invece una parte "del" diritto stesso - dà per risolti non pochi problemi di analisi, la cui soluzione non è per nulla ovvia ed univoca: cfr. R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento*

Nell'uso comune, l'espressione 'linguaggio giuridico' sembra riferirsi collettivamente e confusamente ad almeno due tipi di discorsi, tra i quali è opportuno distinguere: (a) il discorso delle fonti (la costituzione, le leggi, i regolamenti, etc.) che è un discorso produttivo di diritto; e (b) il discorso delle opere accademiche che - si ritiene - è un discorso non produttivo, ma descrittivo di diritto[3].

Si usa dire che il linguaggio giuridico sia un "linguaggio normativo". Va osservato, però, che qui l'aggettivo 'normativo' soffre di un'ambiguità simile a quella che già abbiamo riscontrato nell'aggettivo 'giuridico'. In taluni contesti, 'normativo' significa produttivo, creativo, o espressivo di norme (in tal senso si dice, ad esempio, che certi organi sono investiti di "competenze normative"). In altri contesti, 'normativo' significa non già produttivo di norme, ma concernente norme, relativo a norme già prodotte (in tal senso taluni sostengono che la scienza giuridica sia una "scienza normativa"[4]).

Nel primo senso di 'normativo', è normativo - tipicamente - il discorso delle fonti del diritto. Nel secondo senso di 'normativo', è normativo - secondo alcuni - il discorso dei giuristi.

Ciò detto, circoscriviamo l'indagine al discorso delle fonti.

Si conviene solitamente (quasi tutti convengono) che il discorso delle fonti sia un discorso "normativo" nel primo senso di questa parola: un discorso, cioè, produttivo di norme, o - come pure si dice - un discorso prescrittivo, direttivo, precettivo, imperativo[5].

---

giuridico, in L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

[3] Ma non è tutto. Giacché l'espressione in esame è comunemente usata per riferirsi altresì al linguaggio degli organi cosiddetti dell'applicazione (tipicamente, benché non eslcusivamente, gli organi giurisdizionali), che è arduo collocare nella dicotomia tra discorsi "del" e discorsi "sul" diritto, e che pare comunque richiedere un'analisi indipendente.

[4] In proposito di veda il classico lavoro di N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970; inoltre J. Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

[5] 'Prescrittivo', 'direttivo,' 'precettivo', e 'imperativo' - diversamente da 'normativo' - non sono ambigui: si dice "prescrittivo" o "precettivo" il linguaggio che prescrive, ovvero esprime prescrizioni o precetti, e non anche il linguaggio che verte su prescrizioni o su precetti; si dice "direttivo" il linguaggio che esprime direttive (ossia: che dirige il comportamento), e non anche quello che

Generalmente parlando, si dice "prescrittivo" un discorso la cui funzione sia non già quella di formulare e trasmettere informazioni e conoscenze, bensì quella di modificare, dirigere, influenzare il comportamento degli uomini[6]. Tradizionalmente, per varie ragioni che qui non occorre indagare, si usa caratterizzare il linguaggio prescrittivo per contrapposizione: precisamente, contrapponendolo al linguaggio descrittivo, o, come pure si dice, conoscitivo, indicativo. La contrapposizione serve a farne meglio risaltare i tratti peculiari.

Non è chiaro, tuttavia, se la distinzione in questione (descrittivo vs. prescrittivo) alluda alla sintassi, o invece alla semantica, o piuttosto alla pragmatica degli enunciati. Non è chiaro, insomma, se la funzione prescrittiva di un enunciato sia una variabile dipendente della sua sintassi, della sua semantica, o della sua pragmatica. Vediamo.

2. Sintassi del linguaggio prescrittivo

A prima vista, la distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo sembra essere una distinzione sintattica, attinente cioè alla sintassi degli enunciati. Gli enunciati del discorso descrittivo hanno tipicamente forma indicativa ("Gli assassini sono puniti"), mentre gli enunciati del discorso prescrittivo hanno, non meno tipicamente, forma imperativa ("Punisci gli assassini!") o deontica ("Gli assassini devono essere puniti")[7].

---

verte su direttive preesistenti; si dice imperativo il linguaggio che esprime comandi, e non anche quello che verte su comandi.

[6] Cfr. ad es. U. Scarpelli, *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino, 1969; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974; E. Pattaro, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, II, CLUEB, Bologna, 1987.

[7] Si dicono 'deontici' - come suggerisce l'ètimo della parola - gli enunciati in termini di 'dovere'. Tuttavia, questa definizione richiede qualche precisazione.

(1) Per cominciare, si osservi che nella lingua italiana gli enunciati formati mediante il verbo ausiliare 'dovere' possono avere, secondo il contesto e le circostanze, diversi significati. Talvolta, si usa una voce del verbo 'dovere' per imporre un obbligo (eventualmente un divieto): "L'omicidio deve essere punito" = "E' obbligatorio/doveroso punire gli omicidi". Altre volte, si usa lo stesso verbo, opportunamente coniugato, per prevedere un evento ("Tizio dovrebbe perdere la causa" = "E' probabile che Tizio perda la causa" = "Prevedo che Tizio perda la causa"), oppure per esprimere una necessità ("Devi scaldare l'acqua a

La distinzione sintattica tra enunciati indicativi, da un lato, ed enunciati imperativi e deontici, dall'altro lato, è di grande rilievo sotto almeno un profilo: nessuna conclusione imperativa o deontica può essere logicamente inferita o dedotta da premesse puramente indicative (e viceversa). Esempio banale: dalla premessa indicativa "Piove" non segue la conclusione deontica "Devi aprire l'ombrello" (a meno di aggiungere l'ulteriore premessa deontica "Quando piove devi aprire l'ombrello").

In tal senso, non si possono inferire prescrizioni da descrizioni. Questa tesi va sotto il nome di "legge (o principio) di Hume", giacché trova in un passo di David Hume la sua prima - o comunque la più nota - formulazione[8].

---

cento gradi per farla bollire" = "E' necessario che tu scaldi l'acqua a cento gradi per farla bollire"). In altre parole, alcuni enunciati formati con il verbo 'dovere' possono essere riformulati o tradotti in termini di 'obbligatorio', 'doveroso', 'vietato', 'proibito', etc. senza perdita di senso. Altri enunciati in termini di 'dovere' non tollerano una simile riformulazione. Ebbene, sono enunciati deontici in senso stretto gli enunciati del primo tipo: quelli cioè che vertono sopra un comportamento umano - un'azione, o un'omissione - qualificandolo come obbligatorio (doveroso).

(2) Si dicono però 'deontici' anche taluni enunciati che sono formulati non già in termini di 'dovere', bensì in termini di 'potere'. Anche il verbo 'potere', peraltro, soffre nella lingua italiana di un'ambiguità analoga a quella di 'dovere'. Talvolta 'potere' significa 'essere in grado', 'avere la capacità', 'essere probabile', o qualcosa di simile. Talaltra 'potere' significa 'avere il permesso', 'essere autorizzato', 'avere la facoltà', o simili. Gli enunciati nei quali 'potere' è usato in questa seconda accezione vertono sopra un comportamento umano - un'azione o un'omissione - qualificandolo come permesso (consentito, autorizzato, facoltativo). Ebbene, anche questi enunciati si dicono 'deontici' (in senso lato), sulla base dell'assunto che le qualificazioni del comportamento 'obbligatorio' e 'permesso' intrattengano tra loro alcune relazioni logiche. Sembra pacifico, ad esempio, che l'enunciato "E' obbligatorio fare x" possa tradursi senza perdita di significato nell'enunciato "Non è permesso omettere x". Ma, al di là dell'intuizione linguistica (che spesso inganna), quali esattamente siano le relazioni logiche tra 'obbligatorio' e 'permesso' è cosa controversa, e non può essere discussa in questa sede. Riassumendo: la classe degli enunciati deontici include tutti quegli enunciati che - sia pure con una varietà di possibili formulazioni - qualificano un comportamento come obbligatorio o permesso. Tali qualificazioni del comportamento si dicono: qualificazioni deontiche.

8 La letteratura in argomento è assai vasta. Mi limito a segnalare poche letture introduttive: W.D. Hudson (ed.), *The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*, Macmillan, London, 1969; G.

Occorre osservare, tuttavia, che la forma sintattica dell'enunciato è - per così dire - solo un indizio, ma non una prova conclusiva per decidere del carattere descrittivo o prescrittivo del linguaggio di cui si tratta. Ciò per almeno due ragioni.

Per un verso, il legislatore impiega solitamente enunciati sintatticamente indicativi ("L'omicidio è punito con la reclusione"), del cui carattere prescrittivo, tuttavia, nessuno dubita. Dunque gli enunciati indicativi non sono, per ciò stesso, descrittivi[9].

Per un altro verso, i giuristi impiegano abitualmente enunciati sintatticamente deontici ("L'omicidio deve essere punito con la reclusione") con l'intenzione tuttavia non di prescrivere alcunché, ma di descrivere prescrizioni legislative preesistenti (almeno: così si ritiene). Dunque gli enunciati deontici non sono, per ciò stesso, prescrittivi[10].

Pare dunque non esservi alcuna corrispondenza biunivoca tra la forma sintattica degli enunciati e la loro funzione (descrittiva o prescrittiva).

3. Semantica del linguaggio prescrittivo

La non corrispondenza biunivoca tra forma sintattica e funzione degli enunciati suggerisce di tracciare la distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo in modo diverso: prescindendo dalla sintassi degli enunciati, e badando invece alla loro semantica, ossia al loro significato; più precisamente a quella parte

---

Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffré, Milano, 1969; U. Scarpelli (ed.), *La logica e il dover essere*, fascicolo speciale della "Rivista di filosofia", 4, febbraio 1976.

9 Si aggiunga che il legislatore non fa mai uso di enunciati imperativi, e assai raramente impiega enunciati deontici.

10 G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963; Id., *Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983; A.G. Conte, *Studio per una teoria della validità* (1970), in Id., *Nove studi sul linguaggio normativo (1967-1978)*, Giappichelli, Torino, 1985; E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987; T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989.

del significato che si dice "riferimento (semantico)"[11].

Occorre dire, però, che vi sono almeno due modi alquanto diversi di raffigurare la semantica di un enunciato. (a) Talvolta si parla della semantica di un enunciato per intendere che a tale enunciato convengono, o non convengono, i valori di verità (vero, falso). (b) Talaltra si parla della semantica di un enunciato per intendere che tale enunciato è, o non è, provvisto di riferimento.

Dal primo punto di vista, tra discorso descrittivo e discorso prescrittivo parrebbe esservi una differenza semantica irriducibile: mentre agli enunciati del discorso descrittivo convengono i valori di verità (cioè tali enunciati possono essere veri o falsi), agli enunciati del discorso prescrittivo, per contro, tali valori non convengono affatto. Gli enunciati prescrittivi, cioè, non possono sensatamente dirsi né veri, né falsi. In tal senso, si può dire che il linguaggio prescrittivo non abbia alcuna semantica[12].

---

[11] Il significato di un'espressione linguistica può essere analizzato sotto due distinti profili: da un lato, ci si può domandare quale sia il senso di tale espressione ("Che cosa vuol dire?"); dall'altro, ci si può domandare quale sia il riferimento di tale espressione ("A che cosa si riferisce?"). Il senso di un'espressione in lingua altro non è che un'altra espressione linguistica sinonima della prima. Il riferimento di un'espressione è un oggetto extra-linguistico (o, eventualmente, anche un oggetto linguistico, appartenente però ad un altro linguaggio, qualora l'espressione in questione sia formulata in un meta-linguaggio). Ad esempio, l'enunciato "I gatti hanno quattro zampe" si riferisce ai felini (mentre l'enunciato meta-linguistico "La parola 'gatto' ha cinque lettere" si riferisce non ai felini, che sono entità extra-linguistiche, bensì alla parola 'gatto', che è un'entità linguistica).

[12] Non mancano tuttavia coloro che pensano il contrario. Taluni ritengono infatti che il linguaggio normativo abbia una semantica, intendendo che anche gli enunciati prescrittivi (non diversamente dagli enunciati descrittivi) possono essere veri o falsi. E', questa, una variante di quel modo di pensare che va sotto il nome di giusnaturalismo: gli enunciati normativi "descrivono" obblighi e diritti "naturali"; i legislatori non creano diritto, si limitano a riprodurre un diritto preesistente in natura (inscritto nella natura umana, o nella natura delle cose, o nella ragione, etc.). Da questo punto di vista, naturalmente, i linguaggi prescrittivo e descrittivo non presentano alcuna differenza semantica (salvo sostenere che i "valori", descritti dal linguaggio normativo, sono cosa ontologicamente diversa dai "fatti", descritti dal linguaggio conoscitivo).
Quanti negano che gli enunciati prescrittivi possano essere veri o falsi, e sostengono che proprio in ciò il linguaggio prescrittivo si distingua dal linguaggio descrittivo, adducono che non esiste - o comunque non è percepibile ai sensi - una cosa come un "diritto naturale" antecedente la legislazione positiva. La tesi in

Anche sotto questo profilo pare confermata la legge di Hume: da premesse descrittive (enunciati veri o falsi) non è consentito inferire conclusioni prescrittive (enunciati né veri né falsi), e viceversa.

Dal secondo punto di vista, al contrario, tra discorso descrittivo e discorso prescrittivo non sembra esservi una differenza radicale: anche il discorso prescrittivo ha una semantica. Nel senso che anche gli enunciati prescrittivi - non diversamente da quelli descrittivi - devono pur avere un riferimento: devono cioè riferirsi quanto meno a soggetti (cui la norma è rivolta) e a comportamenti (di cui si richiede l'esecuzione). Se così non fosse, non si potrebbe neppure parlare di obbedienza e di violazione di una norma[13]. Così, ad esempio, l'enunciato (in ipotesi: proferito da un legislatore, e dunque prescrittivo) "Tutti i cittadini devono pagare le imposte" - che pure non sembra essere né vero né falso - palesemente si riferisce ai cittadini e al pagamento delle imposte[14].

4. Pragmatica del linguaggio prescrittivo

Se anche si conviene che gli enunciati del discorso prescrittivo non siano né veri né falsi, e che in ciò si differenzino dagli enunciati del discorso descrittivo, resta tuttavia il problema di caratterizzare il linguaggio prescrittivo in modo più soddisfacente. Infatti, la classe degli enunciati prescrittivi e la classe degli enunciati né-veri-né-falsi, palesemente, non si sovrappongono perfettamente: vi sono enunciati che non sono né veri né falsi senza tuttavia essere prescrittivi (ad esempio, gli enunciati della metafisica e della teologia, le valutazioni,

---

questione, dunque, è una variante di quel modo di pensare che si suole chiamare positivismo giuridico.

[13] R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 1959, rist. Giuffré, Milano, 1985; A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968; K. Opalek, *Theorie der Direktiven und der Normen*, Springer, Wien, 1986.

[14] Non mancano tuttavia coloro che pensano diversamente. Taluni negano che il linguaggio normativo abbia una semantica, intendendo che gli enunciati normativi non si riferiscono a nulla, giacché non sono altro che espressioni di emozioni o stati d'animo. In tal senso, un comando non differirebbe significativamente da un'esclamazione. Questo modo di pensare si chiama emotivismo. S'intende che, da questo punto di vista, la distinzione semantica tra linguaggio descrittivo e prescrittivo sussiste, ed è anzi una distinzione radicale.

le scommesse, gli avvertimenti, le definizioni stipulative, etc.).

Si può sostenere allora che la distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo sia una distinzione né sintattica, né semantica, bensì - in ultima istanza - pragmatica[15]. A ben vedere, anzi, questa conclusione è obbligata, allorché si convenga che un medesimo enunciato è suscettibile di essere usato sia in funzione descrittiva, sia in funzione prescrittiva.

In questo contesto, diciamo "pragmatica" una distinzione attinente non alla forma sintattica dell'enunciato, non alla sua semantica, ma al tipo di azione compiuta nel proferire quell'enunciato. Parlare, infatti, è agire: proferire un enunciato è compiere un atto (non un atto qualsiasi, evidentemente, ma un atto linguistico, un atto di linguaggio)[16].

Ebbene: gli enunciati descrittivi e quelli prescrittivi possono ben avere (come spesso hanno) la medesima struttura sintattica; gli uni e gli altri possono (e anzi debbono) avere un riferimento (eventualmente, anche un identico riferimento) semantico. Ma diversi sono, di volta in volta, gli atti linguistici compiuti.

Ecco dunque che uno stesso enunciato - ad esempio: "L'omicidio è punito con la reclusione" - può essere usato indifferentemente sia per compiere un atto linguistico di descrizione, sia per compiere un atto linguistico di prescrizione (e forse per compiere molti altri atti linguistici ancora). La sua sintassi e il suo riferimento non mutano: l'uso - e, con esso, il contesto di discorso - decide del carattere prescrittivo o descrittivo di un enunciato.

Si noti che l'uso, descrittivo o prescrittivo, di un enunciato - la sua funzione, l'atto linguistico compiuto - può sempre essere esplicitato riformulando, o "traducendo", l'enunciato stesso in forma "performativa": "Io constato (affermo, asserisco) che l'omicidio è punito con la reclusione", "Io prescrivo (comando) che l'omicidio sia punito con la reclusione"[17].

[15] C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latino-americana de investigaciones jurídicas y sociales, Valencia, 1979; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Pragmatic Foundations for a Logic of Norms*, in "Rechtstheorie", 15, 1984; E. Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, in "Law and Philosophy", IV, 1985; J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U.P., Cambridge, 1969.

[16] J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Clarendon, Oxford, 1962; J.R. Searle, *Speech Acts*, cit; M.-E. Conte, *La pragmatica linguistica*, in C. Segre (ed.), *Intorno alla linguistica*, Feltrinelli, Milano, 1983.

Potremmo allora dire così: prescrittivo è un enunciato che sia usato per compiere l'atto (linguistico) di prescrivere. Ovvero: prescrittivo è un enunciato che si presti ad essere riformulato nella forma "Io prescrivo che...".

Ma, a rigore, non dovremmo neppure parlare di "enunciati prescrittivi"[18]. Nessun enunciato è, in quanto tale, prescrittivo (o descrittivo), in virtù solo della sua sintassi e/o della sua semantica. La prescrittività è una proprietà non tanto di enunciati, quanto piuttosto di concrete enunciazioni di enunciati. Prescrittivo, appunto, è non l'enunciato (se non, forse, per metonimia), ma piuttosto il modo di usarlo, ovvero l'atto di linguaggio eseguito mediante il suo proferimento[19].

[17] Cfr. A. Ross, *Ascesa e caduta della teoria dei performativi* (1972), trad.it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982. Performativo, in questo senso, è un enunciato tale che il suo proferimento costituisca esecuzione dell'atto linguistico (asserire, prescrivere, promettere, etc.) designato dal verbo con il quale l'enunciato stesso è formulato. Così, ad esempio, dire "Io comando che..." costituisce esecuzione dell'atto, appunto, di comandare; dire "Io asserisco che..." costituisce esecuzione dell'atto di asserire; etc.

[18] Si potrebbe stipulare di usare la locuzione 'enunciato prescrittivo' per riferirsi a quegli enunciati che siano idonei ad essere usati prescrittivamente (giacché non tutti gli enunciati si prestano ad un tale uso: ad esempio, l'enunciato "Piove", non designando una condotta umana, non pare suscettibile di uso prescrittivo).

[19] E' appena il caso di sottolineare che dal punto di vista pragmatico la contrapposizione tra descrittivo e prescrittivo perde gran parte della sua importanza. In questa prospettiva, infatti, risulta evidente che il descrittivo e il prescrittivo, se anche restano due tipi di linguaggio fondamentali, tuttavia non esauriscono il novero dei possibili atti di linguaggio. Cfr. W.P. Alston, *Meaning and Use* (1963), in G.H.R. Parkinson (ed.), *The Theory of meaning*, Oxford U.P., London, 1968; W.P. Alston, *Philosophy of Language*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (N.J.), 1964; G.C. Kerner, *The Revolution in Ethical Theory*, Clarendon, Oxford, 1966; G.J. Warnock, *Contemporary Moral Philosophy*, Macmillan, London, 1967; J.R. Searle, *Speech Acts*, cit.

III.

I fatti nel linguaggio giuridico

1. Quattro teorie del linguaggio prescrittivo

Spesso i giuristi parlano come se credessero nella esistenza di un enigmatico "regno del diritto", distinto dal comune "mondo dei fatti" e ad esso contrapposto. Tuttavia, questo modo di pensare, che trova echi anche nel linguaggio comune, desta qualche perplessità. In verità, i rapporti tra diritto e fatti sono assai più complessi di quanto il comune modo di esprimersi lasci pensare. Cominciamo dal linguaggio legislativo.

Si può senz'altro convenire che gli enunciati del discorso legislativo (o almeno molti di essi) esprimano norme di condotta: siano insomma enunciati del linguaggio in funzione prescrittiva. Ebbene, quale relazione intercorre tra gli enunciati prescrittivi e i fatti? A prima vista, parrebbe di poter dire che tra questi e quelli non sussiste relazione alcuna, giacché gli enunciati prescrittivi non sono né veri né falsi. In questo senso, non vi è alcuna "corrispondenza" tra il linguaggio prescrittivo e la "realtà": gli enunciati prescrittivi sembrano privi di qualsivoglia riferimento semantico. Tuttavia, le cose non sono così semplici. Nella letteratura filosofico-giuridica si incontrano non meno di quattro diverse teorie concernenti la relazione tra linguaggio prescrittivo e fatti.

(1) Una prima teoria sostiene che gli enunciati prescrittivi si riferiscono non già a fatti, ma ad una peculiare realtà normativa (costituita da obblighi, divieti, diritti, e simili). Tuttavia, secondo questa teoria, gli enunciati prescrittivi non creano essi stessi la realtà

normativa cui si riferiscono, ma la trovano già fatta. Gli enunciati prescrittivi cioè si riferiscono - e dunque, in un senso, "descrivono" - un mondo di norme (di obblighi, diritti, etc.) preesistente (preesistente in natura: nella "natura delle cose" o nella natura dell'uomo). Insomma, secondo questo modo di vedere, gli enunciati prescrittivi non pongono (impongono, creano) obblighi, ma descrivono obblighi "oggettivamente esistenti" in natura.

Da questo punto di vista, gli enunciati prescrittivi non sono affatto sprovvisti di riferimento semantico (extra-linguistico), giacché si riferiscono ad enigmatiche entità normative ("fatti normativi") ad essi precostituite e da essi indipendenti. S'intende che, secondo questo modo di vedere, gli enunciati prescrittivi, concepiti come enunciati dopo tutto - paradossalmente - descrittivi, possono altresì essere veri o falsi[1].

Questa teoria sottende una concezione naturalistica del diritto (giusnaturalismo) e/o della morale (naturalismo etico), e si risolve in una concezione - paradossalmente - "descrittivistica" del linguaggio prescrittivo, concepito come un linguaggio che non produce norme (nuove), ma semplicemente descrive norme già in vigore.

Palesemente, questo modo di vedere suppone una peculiare ontologia, in virtù della quale il mondo appare popolato non solo di oggetti percepibili ai sensi (come, poniamo, gli uomini e i loro comportamenti), ma anche di entità che sfuggono al dominio dei sensi (come gli "obblighi", i "diritti", i "poteri", e via dicendo).

(2) Una seconda teoria sostiene che gli enunciati prescrittivi sono non già descrittivi di fatti normativi preesistenti, ma costitutivi (creativi) di entità normative nuove. Siffatte entità normative, una volta poste in essere, rendono veri gli enunciati deontici corrispondenti. L'enunciazione "felice" (ossia compiuta dalla persona competente, nelle forme dovute, nelle circostanze appropriate) di un enunciato prescrittivo - ad esempio: "Non si deve uccidere" - crea magicamente, *ex novo*, l'obbligo di non uccidere. Pertanto, l'effettivo compimento di un siffatto atto di comando rende vero che non si deve uccidere. Gli enunciati prescrittivi si auto-verificano attraverso

---

[1] Cfr. ad es. G. Kalinowski, *La logique des normes*, PUF, Paris, 1972; M. Villey, *Le droit dans les choses*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989. In proposito si veda F.E. Oppenheim, *La tesi del diritto naturale: affermazione o negazione?* (1957), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

l'uso: usarli (pronunciarli) li rende *ipso facto* veri[2].

Questo modo di vedere suppone una ontologia, secondo cui vi è un mondo del "dover essere" accanto al mondo dell'"essere". La realtà include non solo fatti "bruti", ma anche fatti "normativi" (o "istituzionali"). Nondimeno, la teoria in esame assume che le entità normative in questione siano oggetti non già naturali, bensì "culturali": creazioni originali del linguaggio umano (e dunque non precostituite ad esso); entità, tuttavia, non meramente linguistiche, ma dotate di una esistenza indipendente dal linguaggio (da cui pure prendono vita). In tal modo, il diritto è raffigurato come una sorta di "mondo tre", nel senso di Karl Popper[3].

(3) Una terza teoria, comunemente denominata "emotivismo", sostiene che gli enunciati prescrittivi esprimono nulla più che emozioni e stati d'animo. Come tali, essi sono privi di qualsivoglia riferimento, e per conseguenza non possono essere né veri né falsi[4].

L'ontologia sottostante a questo modo di vedere è una ontologia empiristica: non esistono altre entità se non quelle percepibili ai sensi.

(4) Infine, una quarta teoria, denominata talvolta "prescrittivismo", talaltra "espressivismo", sostiene che gli enunciati prescrittivi risultano da una combinazione di espressioni referenziali (dotate di riferimento) e di espressioni non referenziali (prive di riferimento)[5].

---

[2] Tracce di questa concezione in G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; Id., *Le regole del Circolo Pickwick (Un modello per la teoria del diritto)*, in "Nuova civiltà delle macchine", n. 3-4, 1985 (fascicolo monografico su "Il concetto di regola"); A.G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977; K. Opalek, *Theorie der Direktiven und der Normen*, Springer, Wien, 1986. Con riguardo a Kelsen, cfr. R. Guastini, *I briganti e lo stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 38, 1984.

[3] K.R. Popper, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Clarendon, Oxford, 1972; anche Id., *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, II ed. (1976), trad. it., Armando, Roma, 1978.

[4] A.J. Ayer, *Language, Truth, and Logic*, 1936, rist. Penguin Books, Harmondsworth, 1971; C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale U.P., New Haven, 1944; anche A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958.

[5] Cfr. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 1959, rist. Giuffrè, Milano, 1985; Id., *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino,

La parte referenziale di un enunciato prescrittivo (il suo "frastico", come si usa dire) si riferisce a soggetti, comportamenti, circostanze: determina, cioè, che cosa è prescritto a chi in quali circostanze. Se gli enunciati prescrittivi non includessero questa parte referenziale, non si potrebbe neppure parlare di osservanza e di violazione delle norme che essi esprimono. La parte non referenziale di un enunciato prescrittivo (il suo "neustico", come si usa dire: ad esempio, le voci del verbo 'dovere', espressioni del tipo 'è obbligatorio che', etc.) svolge la funzione pragmatica di rendere esplicito l'atto linguistico compiuto dal parlante[6].

Ci si domanda se la parte referenziale di un enunciato deontico sia una espressione di significato incompiuto (un sintagma) o sia invece una autonoma proposizione[7]. In verità, il problema è puramente verbale (dipende da ciò che si vuole intendere con il vocabolo 'proposizione'), e comunque non sembra avere alcun rilievo pratico. Tuttavia, vi sono buone ragioni per sostenere che la parte referenziale di un enunciato prescrittivo sia una proposizione nel senso di Gottlob Frege, ossia una entità cui convengono i valori logici di 'vero' e di 'falso': in pratica, una sequenza di parole alle quali si possa sensatamente premettere la locuzione 'E' vero...'. Ad esempio, costituisce una proposizione in tal senso l'espressione: '... che tutti i ladri siano puniti'. Espressioni siffatte (*that-clauses*) possono essere usate nell'esecuzione di atti linguistici diversi (per esempio: asserire, promettere, comandare, domandare, scommettere, etc.); come pure possono costituire l'oggetto di diversi atteggiamenti proposizionali (ad esempio: credere, dubitare, etc.). Questa risposta alla domanda da cui abbiamo preso le mosse risulta utile per almeno due ragioni.

Da un lato, questa risposta suggerisce una definizione elegante

1969; A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968; J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U.P., Cambridge, 1969; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit.; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit.; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981.

[6] A. Ross, *Ascesa e caduta della teoria dei performativi* (1972), trad.it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, parte II.

[7] Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, cit.; J.R. Searle, *Speech Acts*, cit.; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, cit.

della effettività di una norma. Una norma, si può dire, è effettiva (obbedita, osservata, "soddisfatta") se, e solo se, la proposizione che essa incorpora è vera, cioè se lo stato di cose richiesto dalla norma è di fatto posto in essere. Così, ad esempio, la norma secondo cui è obbligatorio che i ladri siano puniti è effettiva se, e solo se, (è vero che) i ladri sono puniti[8].

Dall'altro lato, questa risposta rende possibile una semplice soluzione al problema, assai discusso, concernente la natura delle inferenze normative ("Tutti i ladri devono essere puniti; Tizio è un ladro; quindi Tizio deve essere punito") e delle antinomie tra norme ("I ladri devono essere puniti"/"I ladri non devono essere puniti").

A prima vista, una inferenza normativa appare come la deduzione di una norma da un'altra norma, e una antinomia tra norme ha le sembianze di una contraddizione logica. Ciò suona strano, giacché le nozioni di inferenza logica (più precisamente: di inferenza logicamente valida) e di contraddizione si definiscono in termini di verità: è logicamente valida una inferenza tale che, se le premesse sono vere, allora è vera anche la conclusione; sono logicamente contraddittori due enunciati tali che non possono essere né entrambi veri, né entrambi falsi. Ma, d'altro canto, le norme, a differenza delle proposizioni, non sono né vere né false[9].

Nondimeno, si può sostenere che non vi è alcuna stranezza nelle inferenze normative, giacché, a ben vedere, si tratta banalmente di comuni deduzioni da una proposizione (incorporata in una norma) ad un'altra proposizione ('che tutti i ladri siano puniti', 'che il ladro Tizio sia punito'). Un conflitto tra norme, dal canto suo, è semplicemente una contraddizione logica tra due proposizioni incorporate in altrettante norme ('che i ladri siano puniti', 'che i ladri non siano

[8] Nel testo, la effettività di una norma è definita come un concetto a due valori (la proposizione incorporata in una norma può solo essere o vera o falsa, sicché la norma può solo essere, a sua volta, o pienamente effettiva o pienamente ineffettiva). Va detto, però, che in letteratura si incontrano anche altri concetti di effettività. In particolare, la effettività di una norma è spesso concepita come una proprietà graduabile, talché una norma può essere *più* o *meno* effettiva, senza tuttavia essere né pienamente effettiva, né pienamente ineffettiva. Questo concetto di effettività serve a dar conto del fatto, ovvio, che una norma può essere più o meno osservata, più o meno violata, senza tuttavia essere né osservata *sempre*, né violata *sempre*.

[9] Cfr. H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. by O. Weinberger. D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1973.

punìti').

2. Il lessico del legislatore

Dal punto di vista del prescrittivismo, si può dire che il linguaggio legislativo includa tre tipi fondamentali di vocaboli. Un semplice esempio (fittizio) aiuterà a chiarirne la natura e la funzione. Si prendano le due norme seguenti: (a) "I diciottenni sono maggiorenni" (si tratta di una riformulazione dell'art. 2, I c., cod. civ.); (b) "I maggiorenni hanno diritto di voto" (riformulazione dell'art. 48, I c., cost.). La prima norma attribuisce ad un semplice fatto "naturale" (il compimento del diciottesimo anno d'età) una qualificazione giuridica (la maggiore età); la seconda riconnette al possesso di tale qualificazione una conseguenza giuridica (il diritto di voto). Ebbene:

(1) Una prima classe di termini legislativi include tutti quei vocaboli che si riferiscono a semplici fatti (soggetti, circostanze, etc.): tale è, ad esempio, il vocabolo 'diciottenne'. Possiamo dire che questi termini appartengono al "frastico" dell'enunciato legislativo (cioè, per l'appunto, alla sua parte referenziale).

(2) Una seconda classe include il termine 'diritto' e, in genere, tutti i termini deontici. Si tratta di termini privi di riferimento semantico, tipicamente usati nella formulazione di norme. Essi adempiono la funzione di istituire una peculiare connessione normativa tra certi soggetti (qui: i diciottenni) e certi comportamenti (qui: il voto). Questi termini appartengono al "neustico" dell'enunciato legislativo.

(3) La terza classe include il termine 'maggiorenne' (ma lo stesso potrebbe dirsi per termini come 'matrimonio', 'proprietà', 'contratto', 'cittadino', e simili), che ricorre in entrambe le disposizioni assunte ad esempio. Questo termine collega un certo fatto condizionante o fattispecie (il compimento del diciottesimo anno d'età) con una conseguenza normativa (il diritto di voto). Nelle due norme, però, lo stesso termine è usato in due modi diversi.

(3.1) Nella prima, il termine 'maggiorenne' è usato come predicato normativo, per attribuire ad un dato fatto una certa qualificazione giuridica. In tal modo, questo semplice fatto è, per così dire, trasformato in un fatto "normativo". In questo contesto, il termine in questione è privo di riferimento semantico, non denota alcun oggetto sensibile extra-linguistico (e dunque appartiene al "neustico" dell'enunciato legislativo).

(3.2) Nella seconda norma, lo stesso termine è usato per riferirsi al fatto normativo ora menzionato. In tale contesto, esso è provvisto di un certo riferimento semantico, giacché denota congiuntamente sia il nudo fatto (il compimento del diciottesimo anno d'età), sia la sua qualificazione giuridica (il "valore" di maggiore età). Esso dunque appartiene al "frastico" dell'enunciato legislativo.

3. Norme costitutive e fatti istituzionali

Secondo alcuni, nell'ambito del discorso legislativo, si possono distinguere due tipi di norme: norme "regolative" (o "prescrittive") e norme "costitutive". Le une e le altre si caratterizzano per un diverso rapporto con i fatti[10].

(1) Sono regolative quelle norme che disciplinano dei "fatti", ad esempio dei comportamenti umani, preesistenti alle norme stesse e indipendenti da esse. Questi fatti sono detti, da taluno, "fatti bruti". Per esempio, ogni norma di diritto penale è puramente regolativa: uccidere, rubare, e simili sono comportamenti perfettamente possibili indipendentemente dalle norme che li proibiscono (diversamente la loro stessa proibizione non farebbe senso).

(2) Sono costitutive quelle norme che, invece, non semplicemente disciplinano, ma "creano" o "definiscono" nuove forme di comportamento, rendendole possibili. Tali forme di comportamento, la cui esistenza dipende da norme costitutive, sono dette, da taluno, "fatti istituzionali". Ad esempio, le norme giuridiche che danno vita a "istituzioni", quali la promessa, il matrimonio, la proprietà, la giurisdizione, o la legislazione, non sono che norme costitutive[11].

Si ritiene che la formulazione linguistica tipica di norme siffatte sia la seguente: "**x** ha valore di **y** nel contesto **c**". In questa formula,

10 Cfr. J.R. Searle, *Speech Acts*, cit.; Id., *How to Derive "Ought" from "Is"*, "Philosophical Review", 73, 1964.

11 Di norme costitutive si è parlato anche in un senso diverso, e precisamente per riferirsi a tutte quelle norme giuridiche che non sono riducibili a comando, giacché non prescrivono a chicchessia di fare alcunché, ma direttamente, senza mediazioni, instaurano, per così dire, uno "stato di cose" normativo. Esempio paradigmatico: le norme abrogatrici, le quali, palesemente, non prescrivono (né descrivono) una abrogazione, ma immediatamente la pongono in essere. Cfr. G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. provv., Giuffré, Milano, 1974. Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979.

"x" denota un fatto, mentre "y" denota il valore conferito ad esso dalla norma. Per esempio: "Un atto così-e-così ha valore di legislazione in certe circostanze". Si osservi che le norme costitutive non si prestano ad essere formulate mediante enunciati deontici.

"Legiferare" non sarebbe legiferare in assenza di quelle norme che conferiscono ad un certo comportamento umano il senso (il valore) di "legislazione". Senza tali norme, forse, lo stesso vocabolo 'legiferare' non avrebbe alcun senso. Lo stesso può dirsi per 'giudicare (in sede giurisdizionale)', 'promettere', o 'giocare a scacchi'.

Sotto questo profilo, la relazione tra norme costitutive e fatti è duplice. Per un verso, tali norme vertono, ovviamente, su fatti bruti, giacché, in ultima istanza, non vi sono altre cose che possano costituire l'oggetto di una norma. Per un altro verso, esse hanno a che fare con fatti istituzionali, giacché conferiscono ad un fatto bruto un senso normativo (o istituzionale) nuovo. Talché risulta semplicemente impossibile descrivere questi fatti senza far riferimento (o, quanto meno, senza presupporre ed usare) le norme che li costituiscono. Si può parlare di un "accordo" tra due persone senza menzionare alcuna norma; ma non si può parlare di "matrimonio" o di "compravendita" senza fare riferimento alle norme che attribuiscono a certi accordi fra persone il valore di "matrimonio" o di "compravendita". Si può parlare di un "comando" senza far menzione di alcuna norma giuridica, ma non si può parlare di "legislazione" facendo astrazione da quelle norme costituzionali che conferiscono a certe persone il potere (la competenza) di pronunciare dei comandi provvisti del valore di "leggi"[12].

[12] Più in generale, qualcuno ha ritenuto che il diritto tutto possa essere raffigurato come una "realtà istituzionale", ovvero come un insieme di istituzioni, quali il contratto, il matrimonio, la proprietà, la giurisdizione, e così avanti. Da questo punto di vista, tutte le norme giuridiche sono, in un senso, "costitutive". E, nell'ambito delle norme giuridiche, si possono distinguere: (a) norme "istitutive", le quali stabiliscono il modo in cui una istituzione può venire ad esistenza (ad es., le norme che stabiliscono le modalità per contrarre matrimonio); (b) norme "consequenziali", le quali connettono una serie di conseguenze giuridiche a tale istituzione (ad es. le norme che stabiliscono gli obblighi dei coniugi); (c) norme "terminative", le quali stabiliscono le condizioni in presenza delle quali l'istituzione si estingue, viene meno (ad es. le norme sul divorzio). Cfr. N. MacCormick/ O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1986.

4. Questioni di fatto e questioni di diritto nel ragionamento giudiziale

Molte (o forse tutte le) norme giuridiche, nella loro struttura profonda, possono essere costruite come enunciati di forma condizionale: "Se f, allora g". La protasi si riferisce ad una classe di fatti condizionanti (fattispecie astratta), mentre l'apodosi stabilisce una classe di conseguenze giuridiche. Da questo punto di vista, l'applicazione giudiziale di una norma giuridica può essere configurata come la congiunzione di due distinte operazioni: (a) l'accertamento di un fatto (una fattispecie concreta), e (b) la statuizione della conseguenza giuridica prevista per quella classe di fatti.

Secondo un modo di vedere assai diffuso, il nocciolo del discorso giudiziale è riducibile ad un sillogismo (raramente palese, più spesso latente): "Tutti i ladri devono essere puniti. Tizio è un ladro. Dunque Tizio deve essere punito"[13]. Le due premesse costituiscono il nucleo della motivazione, la conclusione costituisce la decisione della controversia (il dispositivo della sentenza). La premessa maggiore è un enunciato prescrittivo generale, che formula (o ripete) la norma da applicarsi al caso. La premessa minore è un enunciato descrittivo, il quale asserisce che la fattispecie prevista dalla norma si è verificata. La conclusione è un enunciato prescrittivo individuale, che statuisce la conseguenza prevista nel caso concreto[14].

Il sillogismo, tuttavia, è solo il nocciolo del ragionamento giudiziale[15]. Le sue premesse costituiscono giustificazione della decisio-

[13] J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale* (1974), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giudiziale. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987; P. Comanducci, *Osservazioni in margine* a J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico*, cit. Questo modo di vedere, palesemente, non costituisce una descrizione o generalizzazione empirica di ciò che i giudici realmente fanno. Io avanzo l'ipotesi che si tratti, in ultima istanza, di una definizione (mascherata) di 'giurisdizione'.

[14] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978; A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Acta Philosophica Fennica, vol. 36, Societas Philosophica Fennica, Helsinki, 1983.

[15] J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, II ed. 1983.; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1987; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of*

ne (cosiddetta giustificazione "interna"), ma, solitamente, anche la scelta delle premesse richiede a sua volta giustificazione (cosiddetta giustificazione "esterna" o meta-giustificazione). La scelta delle premesse, infatti, non è cosa ovvia: è il risultato di una duplice serie di decisioni preliminari[16]. Una prima serie di decisioni è necessaria per stabilire la premessa maggiore: tali decisioni attengono all'interpretazione delle fonti del diritto e, eventualmente, dei precedenti. Una seconda serie di decisioni è necessaria per stabilire la premessa minore: tali decisioni attengono alla valutazione delle prove (che è, a sua volta, parzialmente disciplinata da norme giuridiche: ad esempio, quelle che stabiliscono delle presunzioni). Pertanto, la decisione giudiziale richiede la previa soluzione di due distinte serie di problemi: questioni di diritto (interpretazione delle fonti) e questioni di fatto (accertamento dei fatti).

La linea di demarcazione tra questioni di diritto e questioni di fatto, peraltro, è fluttuante[17]. A prima vista, per formulare la premessa minore del sillogismo occorre accertare dei fatti. Per esempio, la pubblica accusa chiede la condanna di Tizio per omicidio, adducendo che l'automobile da lui guidata ha urtato un pedone, questi è rotolato in mezzo alla strada, è stato travolto da una seconda automobile, ed è morto. Il giudice deve "accertare" se Tizio abbia commesso omicidio. Ma è chiaro che siffatto "accertamento" esige dal giudice due operazioni distinte e indissolubili. In primo luogo, il giudice deve verificare se i fatti in questione siano realmente accaduti. In secondo luogo, egli deve "valutare" questi fatti per decidere se la condotta dell'imputato costituisca omicidio.

(1) La prima operazione si può ricondurre ad un accertamento fattuale. Si osservi, tuttavia, che i "fatti" che il giudice accerta direttamente sono soltanto le prove (ad esempio, le testimonianze), non i fatti provati. Una prova è appunto un fatto che induce a ritenere avvenuto un altro fatto. Quest'ultimo è, dal giudice, non già verificato direttamente, bensì inferito dalle prove. Una prova autorizza il giudice a ritenere vera una certa proposizione circa il presente e ad inferire da questa un'altra proposizione circa il passato. Questa inferenza non ha carattere deduttivo: tra le due proposizioni vi è non già un nesso di implicazione logica, ma piuttosto un più debole nesso

Legal Justification, Clarendon Press, Oxford, 1989.

[16] A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983.

[17] J. Salmond, *Jurisprudence*, 12th ed. by P. J. Fitzgerald, Sweet & Maxwell, London, 1966.

di "congruenza narrativa" (così la si è chiamata).

Per esempio: la prima moglie del signor Landru è morta nella vasca da bagno mentre il marito era in casa; lo stesso dicasi per la seconda, la terza, e la quarta moglie del signor Landru; prima della morte della prima moglie, il signor Landru si è informato da un avvocato circa la possibilità di ereditare le sue sostanze; dunque il signor Landru ha ucciso tutte le sue quattro mogli nella vasca da bagno. Ovviamente, la conclusione non è logicamente implicata dalle premesse. Tuttavia, tali premesse paiono sufficienti a giustificarla, giacché la conclusione è non solo coerente con le premesse, ma altresì "congruente" con esse. Certo, la conclusione proposta è più convincente di una conclusione diversa, del tipo: tutte le mogli del signor Landru sono morte accidentalmente[18].

Va osservato che il concetto di congruenza narrativa è alquanto sfuggente. La congruenza somiglia alla coerenza logica, ma è diversa da essa. Mentre la coerenza è una qualità negativa (assenza di contraddizioni), la congruenza è una qualità positiva. Inoltre, mentre la coerenza è un concetto a due valori (un insieme di proposizioni o è coerente, o non lo è), la congruenza è questione di grado (un insieme di proposizioni può essere meno congruente di un altro senza tuttavia essere incongruente)[19].

(2) In ogni modo, se fin qui si può dire (con qualche cautela) che il giudice accerti dei fatti, la decisione intorno al "valore giuridico" di tali fatti è cosa tutt'affatto diversa. Questa operazione può essere raffigurata alternativamente:

(a) o come decisione interpretativa (il giudice deve decidere quale sia il significato dell'espressione 'cagionare la morte di un uomo' impiegata nell'art. 575 cod. pen.; in particolare, deve decidere se tale espressione si estenda ai fatti del caso);

[18] N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in A. Peczenik/L. Lindhal/B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science*, Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1984; N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in W. Krawietz / H. Schelsky / G. Winkler / A. Schramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65 . Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.

[19] P. Comanducci, *Osservazioni in margine* a N. MacCormick, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

(b) o come decisione intorno alla qualificazione dei fatti (il giudice deve decidere se i fatti in questione abbiano valore di "omicidio"); a questo riguardo, si usa parlare di "sussunzione", ossia di inclusione di una fattispecie concreta nella fattispecie astratta (cioè nella classe di fattispecie) prevista da una norma.

In entrambi i casi, l'enunciato secondo cui i fatti in questione costituiscono (o non costituiscono) omicidio non può dirsi né vero, né falso. E' stato osservato che gli enunciati di questo tipo svolgono la funzione non già di descrivere ciò che una certa persona ha fatto, bensì di ascrivere a questa persona una responsabilità, un obbligo, un diritto[20].

Vale la pena di sottolineare che i termini impiegati nella formulazione di una norma sono fatalmente vaghi, ovvero, provvisti di una "trama aperta". Talché, per ogni termine, vi è un insieme di fatti ai quali il termine senza dubbio si applica, ma anche un insieme di fatti ai quali è dubbio se il termine si applichi o no. In altre parole, per ogni norma, vi sono alcune fattispecie cui la norma certamente si applica ("casi facili"), come pure altre fattispecie rispetto alle quali l'applicazione della norma è controversa ("casi dubbi" o "difficili")[21].

I problemi di interpretazione (che significa 'cagionare la morte di un uomo'?) e i problemi di qualificazione della fattispecie (il tale fatto costituisce omicidio?) sono logicamente equivalenti. Tuttavia, si deve sottolineare che la scelta di trattare un certo problema come problema di interpretazione o, invece, come problema di qualificazione non è priva di effetti pratici. Giacché in alcuni sistemi giuridici i problemi di qualificazione (questioni "di fatto") sono di competenza della giuria, mentre i problemi interpretativi sono di competenza della

---

20 H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in "Proceedings of the Aristotelian Society", 49, 1948-49; G.R. Carrió, *Nota sobre la visita de Alf Ross* (1961), in A. Squella / R. J. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su Homenaje*, vol. II, "Revista de ciencias sociales", n. 25, 1984; A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto, Turku, 1977; T. Gizbert-Studnicki, *Factual Statements in Legal Reasoning*, in A. Peczenik / J. Uusitalo (eds.), *Reasoning on Legal Reasoning*, The Society of Finnish Lawyers Publications, Group D, No. 6, Vammala, 1979.

21 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961; Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983; G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica* (1965), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

corte; in altri sistemi giuridici (come quello italiano vigente) vi sono giudici, quali la Corte di Cassazione, la cui giurisdizione è circoscritta alle sole questioni "di diritto".

E' stato osservato che l'approccio giudiziale e l'approccio dottrinale (o dogmatico) all'interpretazione sono diversi sotto un profilo interessante[22]. L'interpretazione dottrinale è una interpretazione "orientata ai testi", giacché i giuristi abitualmente si domandano (almeno così si suppone) quale sia il significato di un certo testo normativo "in astratto", cioè senza riferimento ad una fattispecie concreta cui la norma debba essere applicata. L'interpretazione giudiziale, per contro, è una interpretazione "orientata ai fatti", giacché il ragionamento giudiziale muove sempre da una precisa fattispecie concreta: i giudici non si domandano quale sia il significato di un testo normativo "in astratto", ma si domandano se una fattispecie data ricada, o no, entro il campo di applicazione di una certa norma. D'altro canto, poiché non sussiste alcuna differenza logica tra le questioni di interpretazione dei testi e le questioni di qualificazione delle fattispecie, non pare possibile tracciare una netta linea di discriminazione fra i due tipi di approccio: palesemente si tratta di due modi diversi di affrontare il medesimo problema[23].

5. I fatti nel linguaggio dei giuristi

Intuitivamente, un codice civile è cosa diversa da un manuale di diritto civile, giacché il codice adempie una funzione prescrittiva, mentre il manuale adempie una funzione conoscitiva o informativa (almeno: così si suppone). Tuttavia, sotto il profilo sintattico, i manuali non sono poi troppo diversi dai codici. Infatti, nel descrivere il diritto, i giuristi usano comunemente enunciati deontici, o comunque enunciati che riecheggiano le disposizioni legislative. I giuristi, insomma, a differenza degli altri scienziati sociali non dicono ciò che *è* ("Di fatto l'omicidio è, o non è, punito"), ma ciò che *deve* essere ("L'omicidio deve, o non deve, essere punito").

Questo modo di esprimersi, proprio dei giuristi, sottende una teoria normativistica del diritto e della scienza giuridica, che è largamente diffusa nel pensiero giuridico comune. Per un verso, si

---

22 J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, cit.

23 N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit.; J. W. Harris, *Legal Philosophies*, Butterworths, London, 1980.

ritiene che il diritto sia non un insieme di fatti (ad esempio: le decisioni legislative e giurisdizionali, le prassi applicative degli organi amministrativi, le proposte interpretative dei giuristi, etc.), ma un insieme di norme. Per un altro verso, si ritiene che le norme siano cosa diversa dai fatti e pertanto non possano essere descritte mediante semplici enunciati indicativi. Enunciati di questo tipo sono idonei a descrivere fatti, non norme. Per descrivere norme occorrono enunciati deontici. In tal modo, la scienza giuridica è raffigurata come scienza normativa, nel duplice senso che: (a) descrive norme (non fatti) e (b) si esprime in linguaggio normativo (non fattuale).

Gli enunciati dei giuristi, insomma, non sono diversi da quelli usualmente impiegati dal legislatore nel formulare norme. Nel discorso legislativo gli enunciati deontici hanno ovviamente significato prescrittivo. Ma qual è il significato di questi stessi enunciati quando sono usati da giuristi? A questa domanda si possono offrire diverse risposte, tra cui le seguenti:

(1) In primo luogo, si può ritenere che gli enunciati dei giuristi vertano su norme e ne asseriscano la validità. Così, ad esempio, dire che qualcuno ha un obbligo significa che vi è una norma valida, la quale comanda a costui di tenere una certa condotta[24].

(2) In secondo luogo, si può ritenere che gli enunciati dei giuristi siano enunciati interpretativi, ossia enunciati (di forma ellittica) che vertono su disposizioni legislative e ne chiariscono il significato. Da questo punto di vista, la scienza giuridica si risolve in un metalinguaggio che analizza il discorso del legislatore[25].

(3) In terzo luogo, si può ritenere che gli enunciati dei giuristi siano direttive *de sententia ferenda* rivolte ai giudici: ossia enunciati che suggeriscono ai giudici in qual modo interpretare una disposizione e/o decidere una controversia (o una classe di controversie). Da questo punto di vista, ovviamente, la cosiddetta "scienza giuridica" non pare aver più nulla di scientifico, giacché si configura piuttosto come una prassi politica: una "politica del diritto"[26].

(4) In quarto luogo, si può ritenere che gli enunciati dei giuristi

[24] Questa sembra essere l'opinione di H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966

[25] Questa tesi è suggerita da N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

[26] A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., parte III.

costituiscano iterazioni di norme. Da questo punto di vista, i discorsi dei giuristi, più che descrivere norme (in qualche senso), le ripetono: sono essi stessi discorsi normativi[27].

(5) In quinto luogo, si può ritenere che gli enunciati dei giuristi, lungi dal descrivere norme (in un senso o nell'altro di questa espressione), siano enunciati fattuali (sia pure formulati in modo infelice). In particolare: enunciati che predicono fatti. Così, ad esempio, dire che qualcuno ha un obbligo significa che costui probabilmente incorrerà in una sanzione qualora ometta di tenere una certa condotta. Sembra esser questo il senso dei discorsi che gli avvocati rivolgono ai loro clienti[28].

[27] Cfr. U. Scarpelli, *Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 46, 1967.

[28] A. Ross, *On Law and Justice*, cit.; in proposito cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di obbligo* (1966), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

IV.

Logica, comandi, norme giuridiche

1. 'Comando'

Valgono per il linguaggio prescrittivo le comuni regole che si applicano al discorso descrittivo? In particolare: vale per le norme il principio di non contraddizione? può una norma essere logicamente inferita da un'altra norma?[1]

---

[1] Così imposta la questione H. Kelsen, *Diritto e logica* (1965), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989. Cfr. altresì H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979, trad. it. *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1985; Id., *Sulla logica delle norme* (1959), a cura di L. Gianformaggio, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 19, 1989. In queste pagine non faccio che riformulare e (spero) chiarire le idee di Kelsen.
La bibliografia in argomento è molto estesa. Mi limito ad indicare poche cose essenziali in lingua italiana: A.G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen* (1967), ora in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980; Id., *Deontico vs. dianoetico*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986; L. Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, ivi; Id., *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffré, Milano, 1987; M.G. Losano, *Diritto e logica in Hans Kelsen* (1966), ora in Id., *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981; T. Mazzarese, *Deontica kelseniana*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 18, 1988; Id., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989; G. Parodi, *Sul concetto di 'norma giuridica' nella «Allgemeine Theorie der Normen» di Hans Kelsen*, in "Materiali per una storia della

Probabilmente, ciascuna di queste domande ammette tante risposte quante sono i diversi modi di concepire il linguaggio prescrittivo. Proviamo a riformulare la questione in relazione ad un concetto più intuitivo, meno problematico, e tuttavia evidentemente connesso ad almeno alcuni dei diversi concetti di norma: il concetto di comando.

Vale per i comandi il principio di non contraddizione? Può un comando essere logicamente inferito da un altro comando?[2]

Occorre premettere tuttavia che il vocabolo 'comando' non è univoco[3].

(a) Si dice 'comando' anzitutto l'atto del comandare.

(b) Ma si dice 'comando' anche il contenuto dell'atto del comandare (ciò che è comandato).

Per tenere distinte le due cose ed evitare ogni possibile confusione, converrà adottare due nomi artificiali distinti: 'comando-atto' e, rispettivamente, 'comando-contenuto'. Il risultato sarà un po' goffo nella formulazione ma, almeno, univoco.

Per chiarire ulteriormente la distinzione, possiamo convenire che i comandi siano ultimamente riconducibili ad enunciati del tipo: 'Io comando che tutti i ladri siano puniti'. Ora, in un enunciato siffatto, si possono distinguere agevolmente due parti.

La prima parte - 'Io comando...' - è una formula linguistica convenzionale, attraverso cui si esegue, nella lingua italiana, l'atto di

cultura giuridica", 15, 1985. Aggiungi: E. Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, in "Law and Philosophy", IV, 1985. Le idee di Kelsen possono utilmente essere raffrontate a quelle di A. Ross, *Imperativi e logica* (1941), in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982; Id., *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968; e di R.M. Hare, *Imperative Sentences* (1949), ora in Id., *Practical Inferences*, Clarendon, Oxford, 1971; Id., *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952; G.H. von Wright, *Norms, Truth, and Logic*, in Id., *Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983.

[2] Questa riformulazione della questione è anche utile a chiarire le idee avanzate da Kelsen, giacché la nozione di 'norma' fatta propria da Kelsen non sembra sostanzialmente distinguibile da quella di 'comando'. Secondo Kelsen, non vi sono norme in natura; le norme, proprio come i comandi, vi sono se e in quanto qualcuno le abbia poste. Le norme, non diversamente dai comandi, sono il frutto di atti di volontà; le norme giuridiche, in particolare, sono il frutto di atti di emanazione o promulgazione.

[3] N. Rescher, *The Logic of Commands*, Routledge & Kegan Paul, London, 1966.

comandare: il comando-atto. Questa espressione potrebbe essere sostituita senza perdita di significato con espressioni diverse: ad esempio, 'Io prescrivo...', 'E' obbligatorio...', etc.

La seconda parte - '...che tutti i ladri siano puniti' - costituisce il contenuto dell'atto di comando: il comando-contenuto.

Il comando-atto è palesemente un atto linguistico diretto ad influire sugli atteggiamenti e sui comportamenti di uomini. Un atto linguistico è un atto che può essere compiuto mediante il linguaggio, mediante il proferimento di un enunciato.

Il comando-contenuto è ciò che alcuni hanno chiamato il "frastico" di una prescrizione[4], e che altri chiamano "proposizione"[5].

Una proposizione è una sequenza di parole cui convengono i valori logici di 'vero' e di 'falso'. In pratica, una proposizione è una sequenza di parole alle quali si possa sensatamente premettere la locuzione 'E' vero...'. Secondo una felice proposta definitoria di Amedeo Conte, una proposizione è tutto ciò nei cui confronti si possa intrattenere un atteggiamento proposizionale, cioè un atteggiamento del tipo: credere vero, credere falso, etc.

La proposizione, così intesa, è quanto hanno in comune diversi atti di linguaggio. Una proposizione, infatti, può, con qualche variante sintattica, costituire il "contenuto" di atti linguistici diversi: dell'atto di comandare, come pure dell'atto di asserire ('Io asserisco che tutti i ladri sono puniti'), dell'atto di promettere ('Io prometto che tutti i ladri saranno puniti'), e via dicendo.

Il comando-contenuto è, insomma, la parte descrittiva o, per meglio dire, referenziale dell'enunciato attraverso il quale si esegue il comando-atto: quella parte dell'enunciato che dice chi deve fare che cosa in quali circostanze.

Ciò detto, ciascuna delle domande da cui abbiamo preso le mosse può utilmente sdoppiarsi. Vale per i comandi-atto il principio

[4] R.M. Hare, *Imperative Sentences*, cit.; Id., *The Language of Morals*, cit.

[5] G. Frege, *Philosophical Writings*, ed. by P.T. Geach and M. Black, Blackwell, Oxford, 1960; W.C. Kneale / M. Kneale, *Storia della logica* (1962), trad. it. a cura di A.G. Conte, Einaudi, Torino, 1972 (spec. pp.63-65); G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963 (spec. pp. 22 ss.); J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U.P., Cambridge, 1969 (spec. pp. 29 ss.); G.P. Baker/P.M.S. Hacker, *Frege: Logical Excavations*, Blackwell, Oxford, 1984; G.H. von Wright, *Demystyfing Propositions*, in Id., *Truth, Knowledge, and Modality*, Routledge & Kegan Paul, London, 1984.

di non contraddizione? Può un comando-atto essere logicamente inferito da un altro comando-atto? Vale per i comandi-contenuto il principio di non contraddizione? Può un comando-contenuto essere logicamente inferito da un altro comando-contenuto?

A queste domande, finalmente, si può rispondere con tutta facilità.

2. La logica dei comandi-contenuto

E' del tutto ovvio che la logica si applichi ai comandi-contenuto[6]. Il contenuto di un comando è, infatti, null'altro che una proposizione (un *quid* che può esser vero o falso), ed è pacifico che i principî logici si applichino per l'appunto a proposizioni.

(a) Ad esempio: '...che tutti i ladri siano puniti' e '...che tutti i ladri non siano puniti' sono due proposizioni tra loro contraddittorie (non possono essere entrambe vere, e neppure possono essere entrambe false).

In quanto siano il contenuto di due distinti atti di comando, si tratterà di due comandi-contenuto contraddittori, cioè di due comandi-contenuto che non possono essere eseguiti, adempiuti, o soddisfatti (almeno: non simultaneamente). L'adempimento dell'uno vale necessariamente violazione dell'altro, e viceversa. E' ciò che i giuristi chiamano: un'antinomia. Un insieme di comandi-contenuto (un "ordinamento giuridico") che contenga entrambi questi comandi-contenuto è antinomico.

(b) Se è vero 'che tutti i ladri sono puniti', allora è pure vero 'che il ladro Tizio è punito': la seconda proposizione (individuale) è logicamente implicita nella prima proposizione (generale); dalla prima si può inferire la seconda.

In quanto le due proposizioni siano il contenuto di atti di comando, diremo che nel comando-contenuto generale è implicito altresì il comando-contenuto individuale. La "applicazione" di un comando-contenuto generale ad una fattispecie particolare consiste appunto nell'inferire dal comando-contenuto generale un comando-contenuto individuale.

[6] E anche Kelsen, sia pure tortuosamente, lo ammette: cfr. in proposito L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, cit.
La logica dei comandi-contenuto non differisce da quella che si è chiamata "logica del soddisfacimento": il contenuto di un comando è una proposizione vera quando il comando è "soddisfatto", ossia adempiuto. Cfr. A. Ross, *Imperativi e logica*, cit.; G.H. von Wright, *Norms, Truth, and Logic*, cit.

3. Nessuna logica per i comandi-atto

E' altrettanto ovvio però che la logica non si applica ai comandi-atto[7]. E ciò per la semplice ragione che gli atti di comando, in quanto sono atti, costituiscono eventi extra-linguistici o, se così si vuol dire, fatti, fatti empirici.

La logica governa il discorso, non il mondo. I principî logici valgono per le proposizioni, non per i fatti. I fatti non possono essere né veri né falsi, possono solo accadere o non accadere. I fatti perciò non si contraddicono; tutt'al più confliggono: ma un conflitto (la guerra tra due stati, la lotta tra due classi sociali) non è una contraddizione logica[8]. E, d'altra parte, non vi è rapporto di implicazione tra fatti; tutt'al più tra un fatto ed un altro può esservi rapporto di causalità. Ne segue che:

(a) I contenuti di due atti di comando possono ben contraddirsi. Ma il principio di non contraddizione non vale ad escludere che siano effettivamente compiuti due distinti atti di comando aventi contenuti contraddittori. Due comandi-contenuto contraddittori non possono essere adempiuti; ma due comandi-atto di contenuto contraddittorio possono benissimo essere compiuti (che davvero lo siano, oppure no, è questione empirica, o storica, non logica).

(b) Analogamente, il contenuto di un atto di comando può ben implicare logicamente il contenuto di un diverso atto di comando. Ma ciò non vale a garantire che questo secondo atto di comando sia effettivamente compiuto (è questione empirica, non logica, che questo secondo atto sia davvero compiuto o no).

[7] E' questa la tesi centrale di Kelsen, *Diritto e logica*, cit. Una tesi analoga, ma diversamente formulata, si trova già in A. Ross, *Imperativi e logica*, cit.

[8] Cfr. H. Kelsen, *Socialismo e stato* (II ed. 1923), trad. it. a cura di R. Racinaro, De Donato, Bari, 1978; Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981; Id., *La teoria comunista del diritto* (1955), a cura di G. Treves, Comunità, Milano, 1956; K.R. Popper, *Che cos'è la dialettica* (1937), ora in Id., *Congetture e confutazioni*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1972, vol. II. In proposito cfr. R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pp. 153-155.

4. Dai comandi alle norme giuridiche

Per chiarire l'intero discorso, può essere utile tornare dai comandi alle norme giuridiche. Una norma giuridica è un enunciato (un enunciato interpretato, il contenuto di senso di un enunciato) proferito - ossia emanato o promulgato - da un'autorità normativa. Occorre dunque tenere accuratamente distinti:

(a) l'emanazione di una norma, ossia l'atto normativo che produce la norma; e

(b) la norma stessa (un enunciato che dica chi deve fare che cosa in quali circostanze). Orbene:

In primo luogo, non è logicamente impossibile che siano emanate due norme contraddittorie. Contraddittorie, infatti, sono le due norme: non le due emanazioni. Uno stesso legislatore può benissimo prescrivere due comportamenti incompatibili (alle medesime persone, nelle medesime circostanze), proprio come chiunque può cadere in contraddizione. Non è che non si possano affermare due proposizioni contraddittorie ('Io affermo che gli uomini sono mortali', 'Io affermo che gli uomini non sono mortali'). E' solo che le due proposizioni - i contenuti delle due affermazioni - non possono essere entrambe vere. Analogamente, non è che non si possano prescrivere due cose contraddittorie: è solo che le due norme non potranno essere adempiute entrambe. Un legislatore irrazionale è, forse, indesiderabile, ma certo non costituisce un'impossibilità logica.

In secondo luogo, è logicamente possibile inferire una norma da un'altra norma: se 'Tutti i ladri devono essere puniti' allora 'Il ladro Tizio deve essere punito'. Ma il fatto che una norma **A** (effettivamente emanata) implichi logicamente una diversa norma **B** non comporta affatto che anche la norma **B** sia stata effettivamente emanata. In altre parole, il fatto che, ad esempio, la legge implichi logicamente una certa decisione giurisdizionale non comporta che questa decisione sia effettivamente presa dal giudice: il giudice potrebbe benissimo disapplicare la legge e decidere diversamente.

5. Positivismo giuridico vs. giusnaturalismo

Per concludere, è forse il caso di sottolineare che le idee qui formulate in tema di diritto e logica suppongono una concezione giuspositivistica del diritto, di cui anzi costituiscono una necessaria conseguenza.

Il postulato del positivismo giuridico è, molto semplicemente, l'idea che il diritto sia creato dagli uomini. Non vi sono norme già "date" nella natura, o nella ragione. Le norme sono "poste", cioè nascono da atti umani produttivi di norme. E non vi sono altre norme se non quelle poste volontariamente da uomini.

Sotto questo profilo, il positivismo giuridico è l'antitesi del giusnaturalismo (latamente inteso). Cioè di quel modo di vedere secondo cui vi sono o possono esservi norme già "date", non "poste" volontariamente da uomini[9].

Orbene, per chi accetti il postulato del positivismo giuridico le tesi qui esposte sono, a ben vedere, ovvie.

Da un lato: se una norma è stata posta (da un legislatore), allora è stata posta. Il fatto che essa sia in contrasto con un'altra norma, anch'essa posta (dal medesimo legislatore), non la fa certo scomparire.

Dall'altro lato: se una norma giuridica non è (o non è ancora) stata posta, allora non è stata posta. Il fatto che essa sia implicita in un'altra norma (essa, sì, posta da un certo legislatore) non è di per sé sufficiente a chiamarla in vita.

---

[9] Cfr. ad es. M. Villey, *Le droit dans les choses*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

Parte seconda

Due teorie della scienza giuridica

V.

Problemi epistemologici del normativismo

1. 'Normativismo'

Per 'normativismo' intendo quel modo di vedere, elaborato da Hans Kelsen e ormai diffuso in teoria del diritto e in meta-scienza giuridica, secondo il quale:

(a) il diritto è un insieme di norme; talché

(b) la scienza giuridica è una scienza di norme; ma d'altro canto

(c) le norme sono altro da fatti, sono entità del *Sollen*, non del *Sein;* pertanto

(d) la scienza giuridica non può esprimersi in linguaggio fattuale: deve esprimersi in linguaggio normativo, ossia deontico (in termini di 'dovere', 'obbligatorio', etc.)[1].

Si osservi: la tesi che il diritto sia un insieme di norme, largamente condivisa nel pensiero giuridico comune, è a prima vista ovvia e comunque assai poco contestata. In un senso, anche i gius-realisti, che pure - in un senso - sono scettici circa l'esistenza di norme,

---

[1] Mi pare di poter attribuire queste idee a Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *Dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, spec. cap. III, e in parte a Herbert Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961. Sul concetto di normativismo, cfr. A. G. Conte, *Normativismo*, in *Novissimo digesto italiano* , UTET, Torino, vol. XI, 1964; Id., *Primi argomenti per una critica del normativismo*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, 148, Pavia, 1968; M. Troper, *Normativisme*, in A.-J. Arnaud et al. (eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988.

potrebbero convenire su questo punto. Ma i gius-realisti concepiscono le norme come dei comuni fatti sociali (sia pure *sui generis*)[2]. La teoria normativistica del diritto è più sottile di così. I normativisti concepiscono le norme non già come semplici oggetti sensibili (ad esempio, entità linguistiche, enunciati del linguaggio prescrittivo), bensì come entità peculiari del mondo del *Sollen*: un mondo a sé stante, dotato di un'esistenza indipendente; un universo non troppo diverso dal "mondo tre" di Karl Popper.

Dal punto di vista normativistico - Kelsen vi insiste in diverse occasioni - le norme devono essere tenute distinte: sia dall'atto della loro emanazione, sia dall'enunciato che le esprime, sia dagli atti di osservanza delle norme stesse. Le norme, insomma, non sono in alcun modo riducibili a "fatti": pertanto, non sono oggetti "naturali" (o sociali) suscettibili di conoscenza empirica[3]. La conoscenza di norme è una conoscenza "normativa".

Ora, mentre i fatti possono essere descritti mediante enunciati, per l'appunto, fattuali, sintatticamente indicativi, le norme, in quanto entità del *Sollen*, non possono essere descritte se non mediante enunciati normativi, più precisamente deontici. Non vi è altro modo di descrivere, poniamo, la norma secondo cui "I ladri devono essere puniti", se non dicendo, appunto, "I ladri devono essere puniti". Enunciati quali "Il legislatore ha comandato che i ladri siano puniti", "I ladri sono puniti", e simili, descriverebbero non già la norma stessa, ma solo certi fatti ad essa variamente connessi.

Dunque la scienza giuridica è una scienza "normativa"[4] in duplice senso: (a) verte su norme e (b) si esprime in linguaggio normativo (deontico).

Si osservi inoltre che, dal punto di vista normativistico, le norme sono prodotte dal legislatore (o, più in generale, da organi statali dotati di competenza normativa). Talché le norme sono cose che i giuristi (come pure i giudici) trovano già fatte in quanto oggetti suscettibili di conoscenza scientifica (come pure di applicazione giurisdizionale). Per conseguenza, la cosiddetta interpretazione del diritto non è altro che conoscenza di norme già date, precostituite all'interprete.

In quanto teoria della scienza giuridica, il normativismo si atteggia a tentativo di descrizione (e di razionalizzazione) della prassi effettiva dei giuristi e delle idee correnti nel pensiero giuridico. Per un verso, ciò che i giuristi dicono (e credono) di fare, allorché interpretano quei testi che si suole chiamare "fonti del diritto" (leggi, regolamenti, etc.), è precisamente una descrizione di norme, concepite come "dati" antecedenti l'interpretazione stessa. Per un altro verso, i giuristi, di fatto, usano davvero esprimersi in linguaggio deontico - o comunque in un linguaggio sintatticamente indistinguibile da quello delle fonti stesse - proprio come raccomanda il normativismo.

2. Ambiguità degli enunciati deontici

La teoria normativistica della scienza giuridica trova una sorta di conferma in due tesi piuttosto diffuse, nella letteratura teorico-giuridica e, soprattutto, logico-deontica, in sede di analisi del linguaggio normativo:

(a) in primo luogo, la tesi secondo cui gli enunciati deontici soffrono di una caratteristica ambiguità pragmatica: cioè possono essere impiegati per eseguire atti di linguaggio differenti[5];

---

[2] Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958; Id., *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968; Id., *Esistenza e validità di una norma* (1970), trad it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.

[3] Cfr. R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pp. 19 ss.

[4] In proposito, cfr. G. Kalinowski, *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, L.G.D.J., Paris, 1969; J. Wróblewski, *Normativity of Legal Science*, in "Logique et analyse", IX, 1966; N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970. Cfr. anche *infra*, nota 9.

[5] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit.; G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963; Id., *Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983; Id., *La fondazione delle norme e degli asserti normativi* (1965), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987; A. G. Conte, *Studio per una teoria della validità* (1970), in Id., *Nove studi sul linguaggio normativo (1967-1978)*, Giappichelli, Torino, 1985; E. Bulygin, *Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz*, in "Análisis filosófico", 1, 1981, n. 2; Id., *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, cit.; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Pragmatic Foundations for a Logic of Norms*, in "Rechtstheorie", 15, 1984; T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM,

(b) in secondo luogo, la tesi secondo cui gli enunciati deontici sono suscettibili, per così dire, di una "doppia negazione"[6].

Un enunciato deontico, si dice, può essere usato - ad esempio da un legislatore - per prescrivere, ossia per formulare una prescrizione (un comando, un divieto, una autorizzazione). Ma un enunciato deontico può anche essere usato - per esempio da un giurista - per descrivere una prescrizione preesistente.

Così un medesimo enunciato deontico può, secondo le circostanze, esprimere alternativamente o una norma, o un asserto normativo, ossia una proposizione (meta-linguistica) concernente una norma. La differenza tra le due cose è ovvia: le norme non possono essere né vere né false, mentre le proposizioni (normative) sono apofantiche.

In particolare, poi, un enunciato deontico negativo - del tipo "*Non* è vietato fumare" - può esprimere, secondo le circostanze, o una norma negativa (la norma secondo cui non è vietato fumare)[7], o un asserto che nega l'esistenza o la validità di una norma (la norma secondo cui è vietato fumare). Nell'un caso si parla di "negazione interna", nell'altro di "negazione esterna", del medesimo enunciato deontico.

Il punto su cui vorrei richiamare l'attenzione non è l'idea che gli enunciati deontici siano ambigui: su questo si può agevolmente convenire. Pare ovvio che un enunciato deontico proferito da un giurista abbia un senso diverso dal medesimo enunciato deontico proferito da un legislatore. Sembra ovvio che i giuristi, come pure i giudici, almeno in circostanze normali, non formulino norme nuove,

---

Padova, 1989.

[6] Cfr. ad es. A. Ross, *Imperativi e logica* (1941), in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, cit.; A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962; G.H. von Wright, *Norm and Action*, cit.; A. Ross, *Directives and Norms* , cit.; C. E. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien, 1971; E. Bulygin, *Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Mulino, Bologna, 1977; C. E. Alchourrón / E. Bulygin, *Permission and Permissive Norms*, in W. Krawietz / H. Schelsky / G. Winkler / A. Ramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1984.

[7] Una norma siffatta può essere impiegata, secondo i casi, per rimuovere un precedente divieto (abrogandolo, in virtù del principio *lex posterior derogat legi priori*) o per prevenire divieti futuri (invalidandoli, in virtù del principio *lex superior derogat legi inferiori*).

ma - in qualche senso - "parlino di" norme (assunte come) preesistenti[8].

Il punto che merita discussione è l'idea che gli enunciati deontici dei giuristi - i *Sollsätze* di Kelsen, gli *internal statements* di Hart - non si limitino a "parlare di" norme (in qualche modo da specificare) ma, più precisamente, le "descrivano": l'idea, cioè, che tali enunciati possano essere usati in senso descrittivo; e, più ancora, l'idea tipicamente kelseniana che gli enunciati deontici siano anzi il solo modo appropriato per descrivere norme[9].

3. 'Descrivere norme': in che senso?

Che significa 'descrivere una norma'? Il senso di questa espressione è ambiguo.

In questa sede, ovviamente, dobbiamo tralasciare quel modo di vedere, caratteristico del realismo giuridico, secondo cui descrivere norme non è diverso dal descrivere fatti e comportamenti sociali (ad esempio: riferire che un certo atto normativo è stato compiuto, ovvero che un certo documento normativo è stato emanato; riferire le interpretazioni diffuse dei documenti normativi; riferire o prevedere le decisioni giurisdizionali; etc.).

Nell'ambito della teoria normativistica della scienza giuridica, pare che 'descrivere una norma' possa significare alternativamente due cose:

(a) *interpretare* una norma, come si ritiene nel pensiero giuri-

---

[8] U. Scarpelli, *Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 46, 1967.

[9] Sui "Sollsätze" di Kelsen si vedano: A. Ross, *Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen* (1957), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989; H. L. A. Hart, *Kelsen Visited* (1963), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983; N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, cit.; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979, cap. 7; E. Bulygin, *Enunciados jurídicos y positivismo*, cit.; Id., *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici*, cit.; Id., *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, in "Ratio Juris", 3, 1990. Sugli "internal statements" di Hart si vedano: A. Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, cit.; E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici*, cit.

dico comune; oppure

(b) *asserire la validità* di una norma, come suggerisce ripetutamente Kelsen.

Dobbiamo chiederci se gli enunciati deontici siano strumenti adatti per fare l'una o l'altra di queste cose.

4. Enunciati deontici e interpretazione

Prima possibilità: la scienza giuridica "descrive" norme interpretandole. Per discutere il punto, occorre tener presente che le cosiddette "norme" si presentano all'interpretazione come documenti in lingua di significato indeterminato. In quanto oggetto di attività interpretativa, le norme sono, per dirla con Kelsen[10], nulla più che "cornici" di molte e diverse interpretazioni (e conseguenti applicazioni) possibili. In altre parole: in questo contesto, quale complemento oggetto del verbo 'interpretare', il vocabolo 'norma' sta per 'disposizione normativa', le disposizioni essendo enunciati non ancora interpretati e suscettibili di molteplici interpretazioni. Orbene[11]:

(a) In primo luogo, si può dire che la scienza giuridica descrive norme nel senso che si limita a descrivere la "cornice" delle possibili interpretazioni offerte da ciascuna norma. In altri termini, la scienza giuridica si limita a stendere elenchi delle diverse interpretazioni cui le norme (propriamente: i testi normativi) si prestano[12].

In tal caso, però, non si vede come la scienza giuridica possa

[10] Kelsen è normativista in sede di meta-scienza giuridica, ma niente affatto formalista in sede di teoria dell'interpretazione. Cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* , vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., cap. VIII. In proposito, cfr. M. Troper, *Kelsen, la théorie de l'intepṙétation et la structure de l'ordre juridique*, in "Revue internationale de philosophie", 1981, n. 138 (fascicolo monografico su *Kelsen et le positivisme juridique*).

[11] Riprendo qui talune osservazioni già formulate in R. Guastini, *Hans Kelsen sull'interpretazione*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* , vol. II, cit.

[12] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., cap. VIII, dove Kelsen distingue tra interpretazione "scientifica" e interpretazione giudiziale (da lui detta "autentica"), sostenendo per l'appunto che l'interpretazione scientifica consiste nell'elencare tutti i possibili significati di un documento normativo dato, senza sceglierne alcuno.

sensatamente esprimersi mediante enunciati deontici. Enunciati del tipo "I ladri devono essere puniti" non sembrano idonei ad elencare i possibili significati di una norma. Questo compito può solo essere assolto mediante enunciati, niente affatto deontici, della forma: "La norma N può essere intesa nel senso S_1, o nel senso S_2, o nel senso S_3, etc.".

(b) In secondo luogo, si può dire che la scienza giuridica descrive norme nel senso che descrive le diverse interpretazioni (o applicazioni) che una norma, di fatto, ha ricevuto in dottrina e/o in giurisprudenza. In altre parole, la scienza giuridica si limita a descrivere le tendenze e le prassi dottrinali e giurisprudenziali.

Ma, di nuovo, non si vede come la scienza giuridica possa far questo mediante enunciati deontici.

Inoltre, occorre sottolineare che descrivere prassi dottrinali e giurisprudenziali non è descrivere "norme" nel senso del normativismo: è descrivere comuni fatti sociali (proprio come vorrebbe la teoria realistica della scienza giuridica). Le prassi in questione sono comportamenti umani osservabili (attività e discorsi dei giuristi e dei giudici), non norme.

(c) In terzo luogo, si può dire che la scienza giuridica descrive norme nel senso che descrive "il" significato (l'unico significato, il "vero" significato) delle norme.

Anche in questo caso, però, non si vede come ciò possa farsi mediante enunciati deontici. Il modo appropriato per "descrivere" il significato di una norma non è dire (ellitticamente) "I ladri devono essere puniti", ma è dire «La norma "I ladri devono essere puniti" significa S» (posto che "I ladri devono essere puniti" sia l'enunciato legislativo oggetto di interpretazione); oppure «La norma N significa che i ladri devono essere puniti» (qualora "I ladri devono essere puniti" sia il risultato dell'interpretazione). Gli enunciati interpretativi non hanno forma deontica. La loro forma normale è: «Il testo "T" esprime la norma N»[13].

Soprattutto, si deve sottolineare che gli enunciati interpretativi non possono considerarsi descrittivi: a meno di non condividere la fallace opinione che le norme abbiano un solo univoco significato, e che pertanto esista una cosa come una interpretazione "vera". Quando i giuristi non si limitano a descrivere la "cornice" delle molte interpretazioni offerte da una norma, ma propongono (agli organi del-

[13] R. Guastini, *Disposizione vs. norma*, in "Giurisprudenza costituzionale", 34, 1989.

l'applicazione) "una" interpretazione della norma, a preferenza delle altre egualmente possibili, non fanno scienza giuridica: fanno politica del diritto[14]. Il loro discorso non può essere qualificato come un discorso descrittivo, scientifico. Interpretando gli enunciati legislativi, i giuristi non descrivono norme preesistenti, ma, in un senso, "creano" norme. Se usiamo 'norma' per riferirci al contenuto di senso degli enunciati legislativi, non vi sono affatto norme prima dell'interpretazione e indipendentemente da essa[15].

5. Enunciati deontici e validità

Seconda possibilità: la scienza giuridica "descrive" norme asserendone (o negandone) la validità[16]. Ciò significa che, per asserire la validità, poniamo, della norma "I ladri devono essere puniti" non occorre dire «La norma "I ladri devono essere puniti" è valida» o alcunché del genere, ma si può legittimamente dire, in modo più succinto, "I ladri devono essere puniti" *tout court*. Per negare la validità della medesima norma non occorre dire «La norma "I ladri devono essere puniti" è invalida», ma è sufficiente dire "I ladri non devono essere puniti" senz'altra aggiunta. Insomma, i giudizi di validità sulle norme conservano la sintassi - e, per ciò stesso, la logica - delle norme su cui vertono: essi iterano, ripetono, le norme sottostanti[17].

Ma questa idea non è accettabile. Si deve osservare infatti che gli enunciati deontici sono una "cattiva" formulazione dei giudizi di validità. La normale e corretta formulazione di un giudizio di validità è un enunciato della forma «La norma "I ladri devono essere puniti" è valida», ossia un enunciato scopertamente meta-linguistico, che espressamente nomina o menziona tra virgolette la norma su cui verte ("I ladri devono essere puniti"), e predica di essa l'attributo 'valido'.

Per contro, gli enunciati deontici ("I ladri devono essere puniti") né menzionano alcuna norma, né contengono il termine 'valido'. Tali enunciati, proprio come la norma sottostante, non sono affatto

[14] Così H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, cit.; Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., cap. VIII.

[15] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

[16] Sul concetto di validità, cfr. R. Guastini, *Concetti e criteri di validità*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 43, 1989.

[17] U. Scarpelli, *Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati*, cit.

meta-linguistici: essi vertono sul comportamento, non sulla norma, e, per ciò stesso, non fanno che iterare, ripetere, riecheggiare la norma, senza dir nulla di essa. Nell'uso normale, un enunciato deontico (positivo o negativo) è impiegato per formulare una norma, non per asserirne o negarne la validità.

6. Giudizi di validità e antinomie tra norme

Si osservi: se i giudizi di validità avessero forma deontica, e dunque conservassero la medesima sintassi delle norme cui si riferiscono (o, piuttosto, cui fanno allusione), il loro comportamento logico rispecchierebbe la logica delle norme, i loro valori di verità rifletterebbero i valori di validità delle norme sottostanti. In altre parole: un giudizio di validità vero ripeterebbe una norma valida; un giudizio di verità falso ripeterebbe una norma invalida. Ad esempio, se fosse falso il giudizio di validità "E' vietato fumare", allora non potrebbe esser valida la norma "E' vietato fumare" [18]. Ma le cose non stanno affatto così. Il punto richiede e merita qualche chiarimento.

L'enunciato deontico "E' vietato fumare" - si dice - può essere una norma, oppure un giudizio di validità sopra una norma. Nel primo caso, esso non è, in quanto norma, né vero, né falso, e dunque non tollera un'applicazione dei principî logici[19]. Nel secondo caso, esso è, in quanto enunciato descrittivo, o vero o falso. In ipotesi, i giudizi di validità sono infatti enunciati descrittivi. Ad essi si applicano pertanto le comuni regole logiche: ad esempio, il principio di non contraddizione, in virtù del quale due enunciati contraddittori

[18] Così riteneva Kelsen ancora nel 1960. Cfr. ad es. H. Kelsen, *Che cos'è la teoria pura del diritto?* (1960), trad. it. in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981, spec. pp. 180-181.

[19] La logica - si suol dire - non si applica a norme (enunciati né veri né falsi), ma solo a proposizioni (enunciati veri o falsi). Le nozioni e le regole della logica, infatti, si definiscono in termini di 'verità'. Ad esempio, si dicono 'contraddittori' due enunciati che non possano essere né entrambi veri, né entrambi falsi. Talché agli enunciati, di cui non si può predicare la verità o falsità, non ha senso applicare la nozione di contraddizione. Ne segue che due norme antinomiche - ad esempio: "E' vietato fumare" e "Non è vietato fumare" - confliggono, sì, tra di loro ma, propriamente parlando, non si "contraddicono", giacché, trattandosi di norme, non farebbe senso dire che una delle due è "vera" e l'altra "falsa".

(Si osservi: in questo contesto, 'validità' *non* può significare obbligatorietà, come vorrebbe Kelsen. Qui, infatti, si sta parlando della descrizione di norme. Ma un giudizio di obbligatorietà, del tipo 'La norma N è, o non è, obbligatoria', non può sensatamente ascriversi al discorso descrittivo.)

Quale che sia il concetto di validità prescelto (appartenenza o mera esistenza), le cose non cambiano.

(1) Per un verso, il legislatore può benissimo avere validamente emanato entrambe queste norme confliggenti. In tal caso, entrambi i giudizi di validità risulteranno paradossalmente veri (benché all'apparenza contraddittori). Ed è comunque questione empirica, contingente, non logica, che il legislatore abbia o non abbia validamente emanato due norme antinomiche.

Di fatto, le antinomie tra norme sono piuttosto frequenti. Ma, d'altra parte, una antinomia non comporta, di per sé, l'invalidità - né, tanto meno, l'inesistenza - di una delle due norme in conflitto. Può accadere, sì, che una delle due norme confliggenti sia invalida: ma non certo per logica necessità. Una delle due norme antinomiche è invalida se, e solo se, così è stabilito dal diritto stesso.

Solitamente, negli ordinamenti giuridici contemporanei, solo una antinomia tra norme collocate su piani diversi nella gerarchia delle fonti[26] comporta l'invalidità della norma gerarchicamente inferiore[27]. Ciò accade, comunque, in virtù delle norme giuridiche che istituiscono la gerarchia tra le fonti - ad esempio quelle da cui deriva la "rigidità" della costituzione - e non in virtù di un qualche principio logico.

(2) Per un altro verso, può darsi che il legislatore non abbia validamente emanato né l'una né l'altra delle due norme antinomiche.

che la loro invalidità non sia costitutivamente dichiarata da un organo a ciò competente (la Corte costituzionale per le norme di rango legislativo, i giudici amministrativi per le norme regolamentari).

[26] Ad es. tra una norma di legge e una norma costituzionale, posto che la costituzione sia rigida; oppure tra una norma regolamentare ed una norma di legge, posto che legge e regolamento siano gerarchicamente ordinati.

[27] Per contro, il principio *lex posterior derogat legi priori* non comporta l'invalidità della norma antecedente, ma solo una riduzione della sua sfera di applicabilità. In proposito, si veda C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Giuffré, Milano, 1987. E comunque anche il principio in questione è una norma giuridica contingente, non un principio logico. In tal senso, cfr. le opere di Kelsen successive al 1960, cit. *supra*, nota 22.

Può accadere, cioè, che il legislatore semplicemente non abbia disciplinato in alcun modo né la commissione, né l'omissione di quel certo comportamento. In tal caso, i due giudizi di validità risulteranno entrambi falsi (malgrado la loro apparente contraddittorietà)[28].

Paradossalmente: i due giudizi di validità (in forma deontica) si contraddicono, e dunque non possono essere né entrambi veri, né entrambi falsi. Ma, al tempo stesso, le due norme soggiacenti possono essere entrambe valide, come pure entrambe invalide; e dunque i corrispondenti giudizi di validità possono essere entrambi veri, come pure entrambi falsi. Come è mai possibile che due enunciati contraddittori siano entrambi veri, o che siano entrambi falsi?

Per sfuggire a questo paradosso, non resta che abbandonare l'idea che i giudizi di validità siano enunciati deontici, che ripetono la sintassi delle norme sottostanti. Il paradosso scompare, non appena si configurino i giudizi di validità come enunciati diversi, niente affatto deontici, del tipo «La norma "E' vietato fumare" è valida» e «La norma "Non è vietato fumare" è valida». Questi due enunciati, palesemente, non si contraddicono affatto (giacché predicano uno stesso attributo di due soggetti diversi); dunque possono essere entrambi veri, come pure entrambi falsi.

Ciò mostra, meglio di ogni altra argomentazione, che i giudizi di validità non possono essere enunciati deontici ripetitivi delle norme sottostanti. Ovvero, da un altro punto di vista: che gli enunciati deontici dei giuristi non possono essere intesi come giudizi di validità.

Dunque, l'idea che gli enunciati deontici dei giuristi possano essere intesi in senso descrittivo e che pertanto ad essi convengano i valori di verità non è confermata. Con la dissoluzione di questa idea, anche la teoria della scienza giuridica come scienza normativa sembra perdere ogni fondamento.

[28] Cfr. C. E. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, cit.; E. Bulygin, *Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, cit. In proposito anche R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard U. P., Cambridge (Mass.), 1985, pp. 131 ss.

VI.

Una teoria realistica del diritto e della scienza giuridica

1. Introduzione

Le idee di Alf Ross in tema di scienza giuridica - un esempio paradigmatico di teoria realistica della scienza giuridica - possono essere esposte succintamente nel modo che segue.

(1) In primo luogo, la scienza giuridica è una scienza empirica. Ciò significa che:

(1.1) gli enunciati della scienza giuridica sono enunciati del linguaggio descrittivo (o "indicativo"), ossia proposizioni in senso logico (enunciati che possono essere veri o falsi);

(1.2) gli enunciati della scienza giuridica sono enunciati empirici, che vertono su fatti (in particolare: su fatti sociali) osservabili; e per conseguenza

(1.3) gli enunciati della scienza giuridica sono suscettibili di verificazione e di falsificazione empirica (non diversamente dagli enunciati di ogni altra scienza sociale).

(2) In secondo luogo, i fatti sociali, che costituiscono oggetto della scienza giuridica, sono - a un tempo - sia le decisioni giurisdizionali, sia l'ideologia normativa diffusa in seno al ceto giudiziario.

(3) In terzo luogo, il compito della scienza giuridica è la previsione delle decisioni giurisdizionali future.

(4) In quarto luogo, la sedicente "scienza giuridica" - ossia lo studio dottrinale o dogmatico del diritto, effettivamente praticato dai giuristi moderni e contemporanei - non è affatto una scienza genuina,

ma è piuttosto una prassi politica intesa ad influenzare le decisioni giurisdizionali.

Palesemente, la teoria della scienza giuridica proposta da Ross non è una descrizione della prassi effettiva dei giuristi: si tratta piuttosto di un modello prescrittivo di scienza giuridica. In altre parole, Ross non dice ciò che i giuristi realmente fanno, ma dice ciò che i giuristi devono fare (se vogliono comportarsi da scienziati). Questo modello prescrittivo di scienza giuridica - la scienza giuridica concepita come un insieme di previsioni sul comportamento futuro degli organi giurisdizionali - non corrisponde affatto alla cosiddetta "scienza giuridica" ufficiale: corrisponde piuttosto alla prassi sociale degli avvocati - nella veste di consulenti legali - giacché la previsione delle decisioni giurisdizionali è appunto ciò che gli avvocati cercano di fare per i loro clienti.

Come si vede, si tratta di una teoria abbastanza semplice, e non occorrono molte parole per esporla, almeno nel suo nucleo essenziale. Tuttavia, si tratta di una falsa semplicità. In verità, questa teoria involge una molteplicità di presupposizioni che appartengono, in parte, alla filosofia della scienza e, in parte, alla teoria del diritto.

La filosofia della scienza di Ross è palesemente una metascienza empiristica (influenzata dal positivismo logico del Circolo di Vienna), secondo la quale ogni discorso scientifico è un discorso puramente descrittivo (libero da valutazioni), e precisamente descrittivo di fatti osservabili, di tal che gli enunciati del discorso scientifico sono suscettibili di verificazione empirica[1]. Tuttavia, non è mia intenzione analizzare questa filosofia della scienza in quanto tale. A mio avviso, la variabile fondamentale, da cui è condizionata la teoria della scienza giuridica di Ross, è piuttosto una concezione del diritto.

La concezione del diritto di Ross risente di una duplice influenza:

(a) per un verso, l'influenza del "realismo giuridico" svedese (Axel Hägerström et Karl Olivecrona), cioè, per dirla succintamente, di quel modo di pensare secondo cui il diritto non è che un fatto[2];

---

[1] A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958, § 9.

[2] A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. inglese di C. D. Broad, a cura di K. Olivecrona, Almqvist & Wiksells, Uppsala, 1953; K. Olivecrona, *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen, 1939 (trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Giuffré, Milano, 1967); K. Olivecrona, *Law as Fact*, Stevens & Sons, London, 1971 (trad. it. *La struttura dell'ordinamento giuridico*, a cura di E. Pattaro, Etas Kompass, Milano, 1972).

(b) per un altro verso, l'influenza della "dottrina pura del diritto" (Hans Kelsen), secondo cui il diritto è un sistema di norme di un certo tipo[3].

2. L'analisi di 'validità'

Secondo un modo di vedere diffuso nella filosofia del diritto europea, il nocciolo della concezione del diritto propria del realismo giuridico, e specialmente della variante di realismo elaborata da Ross, sarebbe una peculiare teoria della validità: precisamente quella teoria che identifica la validità di una norma con la sua effettività, ossia con la sua effettiva applicazione da parte dei tribunali. Benché assai diffusa, questa opinione è inesatta[4].

In realtà, non si trova in Ross alcuna stipulazione di un peculiare significato per il termine 'validità': si trova piuttosto un'analisi degli usi effettivi del termine[5]. Secondo l'analisi di Ross, il termine 'validità' è di fatto impiegato in non meno di tre sensi diversi:

(a) In primo luogo, il termine è impiegato nell'esposizione dogmatica del diritto vigente per intendere che un certo atto giuridico

---

[3] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1966.

[4] L'origine dell'equivoco si trova nella traduzione inglese (1958) dell'opera più nota di Ross: *On Law and Justice*, apparsa in lingua danese nel 1953, ma letta dai più, per l'appunto, nella sua traduzione inglese. Ora, nell'edizione danese di quest'opera, Ross impiega due distinti vocaboli che esprimono predicati applicabili a norme: l'uno ("gyldig") significa "valido"; l'altro ("gældende") significa "in vigore". Disgraziatamente, entrambi questi vocaboli sono stati tradotti in inglese con un solo vocabolo: "valid", ossia "valido". Questo errore è stato segnalato dallo stesso Ross in opere successive: A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1962), in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 152, 155 ss.; A. Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), in S. Castignone e R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, II ed., 1990, p. 322. La traduzione italiana del libro di Ross (A. Ross, *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965), essendo condotta sulla traduzione inglese, riproduce fatalmente il medesimo errore.

[5] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit.; A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, § 22.

(per esempio: un contratto, un atto amministrativo, una legge, etc.) è stato prodotto in conformità alle norme che ne disciplinano la creazione, e pertanto tale atto produce i suoi effetti giuridici tipici (ad esempio: la nascita di un diritto soggettivo, l'estinguersi di un'obbligazione, etc.).

Allorché il termine 'validità' è impiegato in questo senso, i giudizi di validità (ossia gli enunciati della forma 'La norma N è valida') sono enunciati "dal punto di vista interno", ossia enunciati che presuppongono l'esistenza di un certo sistema normativo e che implicano l'applicazione di una o più norme appartenenti a tale sistema. Questi enunciati non dicono alcunché "sul" sistema normativo in questione, giacché sono pronunciati "dall'interno" del sistema stesso. I giudizi di validità dei giuristi sono, secondo Ross, enunciati del discorso prescrittivo, e dunque non sono enunciati scientifici (giacché il linguaggio della scienza è ovviamente un linguaggio descrittivo)[6].

(b) In secondo luogo, il termine 'validità' è usato nella teoria generale del diritto per intendere la "esistenza", il "vigore", di una norma o di un sistema di norme.

Allorché 'validità' è usato in questo senso, i giudizi di validità sono enunciati proferiti "dal punto di vista esterno", ossia enunciati puramente empirici che vertono "su" un sistema normativo (o su qualche norma ad esso appartenente), senza fare applicazione delle sue norme[7]. Tali enunciati hanno significato descrittivo, e in particolare descrivono - come vedremo - certi fatti sociali.

(c) In terzo luogo, il termine 'validità' è impiegato nella filosofia morale, nelle dottrine del diritto naturale, e - secondo Ross - anche nella dottrina pura del diritto, per riferirsi ad una qualità morale di cui le norme giuridiche (o almeno alcune norme giuridiche) sarebbero provviste, ossia la loro "forza vincolante". In questo senso, una norma valida è una norma "obbligatoria", una norma che deve essere osservata.

L'uso di 'validità' che più intriga Ross è, naturalmente, il terzo. Nelle dottrine giusnaturalistiche infatti (come pure nella dottrina pura) la validità, intesa come "obbligatorietà" o "forza vincolante", è concepita come una qualità reale, oggettiva, delle norme, talché i giudizi di validità ('La norma N è valida') sono concepiti, a loro

[6] A. Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart*, cit., p. 321.

[7] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, cap. VII. Cfr. A. Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart*, cit.

volta, come proposizioni scientifiche: enunciati veri o falsi. Secondo Ross, per contro, questa misteriosa "forza vincolante", non essendo una qualità empirica, osservabile, non è neppure una qualità oggettiva. E dunque i giudizi di validità - in questo senso di 'validità' - non possono essere intesi come enunciati descrittivi: si tratta piuttosto di prescrizioni, il cui contenuto è l'obbligo di obbedire alle norme cui si riferiscono.

D'altra parte, l'obbligo di obbedire una certa norma giuridica non può essere considerato un obbligo specificamente giuridico: un tale obbligo, infatti, non è un obbligo ulteriore e indipendente rispetto a quello statuito dalla norma stessa. Prescrivendo di obbedire ad una certa norma, insomma, non si prescrive nulla di più e nulla di nuovo rispetto a quanto è già prescritto dalla norma in questione. Dal punto di vista giuridico, siffatta prescrizione, dunque, non è che una inutile ripetizione della norma cui si riferisce. Se si vuole attribuirle un senso, non resta che intenderla come una prescrizione extra-giuridica, che stabilisce l'obbligo morale di obbedire alla norma in questione. In questo senso di 'validità', insomma, i giudizi di validità appartengono non al discorso giuridico, ma al discorso morale[8].

Nelle dottrine giusnaturalistiche la "forza vincolante" delle norme è una qualità comparabile alla verità delle proposizioni: come la verità delle proposizioni, così anche la validità (obbligatorietà) delle norme è cosa che può essere oggettivamente accertata. Secondo Ross, per contro, la pretesa "forza vincolante" di una norma non è che il risultato di un atto soggettivo di accettazione della norma stessa: ritenere una norma obbligatoria non è diverso dall'accettarla. Ora, l'accettazione di una proposizione (ciò che si dice un atteggiamento proposizionale) non ha alcuna influenza sul valore di verità della proposizione stessa, il quale dipende esclusivamente dalla corrispondenza della proposizione ai fatti (una proposizione, se è falsa, resta falsa anche se accettata e, se è vera, resta vera anche se rifiutata). Per contro, l'accettazione di una norma è "costitutiva" della sua forza vincolante[9].

Si osservi: secondo il modo comune di concepire la scienza giuridica, l'uso del termine 'validità' che è tipico di essa è palesemente il primo. Il problema fondamentale dei giuristi - si pensa - è appunto quello di identificare (oltre che interpretare) le norme "vali-

[8] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit., pp. 145-146.

[9] A. Ross, *Directives and Norms*, cit., § 16.

de" nel primo senso di 'valido'. Tuttavia, secondo Ross, questo compito è proprio non della scienza giuridica strettamente intesa, ma soltanto della dogmatica giuridica (lo studio "dottrinale" del diritto). D'altro canto, a suo avviso, i giudizi di validità dei giuristi non possono essere considerati proposizioni scientifiche. La scienza giuridica, così come Ross la intende, non impiega il termine 'validità' nel primo senso, ma nel secondo senso (nel senso di "vigore"). Evidentemente, la scienza giuridica cui pensa Ross è non già la dogmatica, ma una disciplina del tutto differente.

Peraltro, la tesi che i giudizi di validità dei giuristi siano enunciati del linguaggio prescrittivo è discutibile. Secondo Ross, tali giudizi sono prescrittivi semplicemente perché fanno applicazione di norme: precisamente, di quelle meta-norme da cui dipende la validità (in senso dogmatico) delle (altre) norme del sistema giuridico in questione, ossia le meta-norme sulla produzione giuridica.

A questa tesi si può obiettare che fare uso del termine 'valido' non implica l'accettazione e l'applicazione di norme (almeno: di norme in senso stretto, ossia regole di condotta), ma implica solo l'accettazione e l'applicazione di una regola concettuale: quella regola concettuale che stabilisce le condizioni di uso del termine in questione[10]. Siffatta regola concettuale non è altro che la definizione di 'valido': grosso modo, la definizione in virtù della quale per 'valido' s'intende ciò che è prodotto in conformità alle meta-norme sulla produzione giuridica. E' pur vero che tale definizione fa riferimento a norme (alle meta-norme sulla produzione giuridica), ma applicare - o piuttosto presupporre - la definizione è cosa diversa dall'applicare le norme cui essa fa riferimento.

Insomma, non sembra esservi nulla di prescrittivo nell'impiego di una definizione. Dal punto di vista logico, una definizione offerta dalle fonti del diritto non è cosa diversa da una definizione offerta invece da un dizionario della lingua. Parlare è sempre impiegare - o piuttosto presupporre - delle definizioni: ma non per questo parlare è sempre prescrivere.

3. "Il diritto come fatto": critica del giusnaturalismo

La teoria del diritto di Ross si muove nell'ambito del posi-

[10] C.E. Alchourrón et E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien, 1971, p. 73.

tivismo giuridico, e cioè del volontarismo (giacché il volontarismo è - a mio avviso - il nocciolo del giuspositivismo).

Il positivismo giuridico si caratterizza anzitutto per opposizione al giusnaturalismo. Nell'uso comune, l'espressione 'diritto naturale' designa un insieme di norme o principî che non sono stati (volontariamente) creati dagli uomini, e che sono "veri", oggettivamente giusti, e pertanto vincolanti per tutti.

Da questa definizione emerge che la dottrina giusnaturalistica (di cui peraltro esistono numerose varianti) involge almeno le idee seguenti[11]:

(a) In primo luogo, la credenza nell'esistenza di certi principî universalmente validi ("validi", beninteso, nel senso di obbligatori, vincolanti): l'universalità di tali principî è conseguenza della loro giustizia oggettiva.

(b) In secondo luogo, la credenza che questi principî siano non già il prodotto di uno o più atti normativi umani, bensì il risultato della conoscenza (la conoscenza della natura umana, o della cosiddetta "natura delle cose"). Tali principî dunque non sono "creati" dalla volontà, ma sono semplicemente "scoperti" per mezzo della ragione. Dunque sono "veri": di qui deriva il loro carattere al tempo stesso obbligatorio e oggettivo.

Evidentemente, il giusnaturalismo non è che una variante della meta-etica cognitivistica, ossia di quella concezione secondo cui le norme (intese come valori, e non come fatti) sono suscettibili di conoscenza scientifica, talché una descrizione scientifica della natura - malgrado la cosiddetta "legge di Hume" - implica logicamente delle conclusioni prescrittive[12].

La credenza nel diritto naturale è gravida di conseguenze per la scienza giuridica. Tale credenza implica l'idea che il diritto non possa essere separato dalla giustizia, talché l'espressione 'diritto giusto' non è che una tautologia (giacché, per definizione, il diritto è necessariamente giusto), mentre l'espressione 'diritto ingiusto' è, a sua volta, una contraddizione in termini, o un ossìmoro (giacché, per definizione, il diritto ingiusto non è diritto affatto). Cosicché il diritto

[11] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnauralismo*, cit., p. 142; A. Ross, *Giusnaturalismo contro positivismo giuridico* (1963), in S. Castignone e R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, cit., pp. 325 ss.

[12] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

non può essere descritto in modo puramente empirico, senza valutazioni. Ciò per due ragioni:

(a) Da un lato, delle valutazioni preliminari in termini di giustizia sono necessarie per delimitare l'oggetto stesso della scienza giuridica: il diritto positivo (di cui non si può certo negare l'esistenza, quanto meno a fianco del diritto naturale) non è "vero diritto" se non è conforme al diritto naturale. Pertanto il diritto positivo ingiusto non è vincolante, è privo di forza obbligatoria, e - quel che più conta in questa sede - non trova alcun posto nella scienza giuridica.

(b) Dall'altro lato, descrivere il diritto è descrivere delle norme vincolanti. Dunque la descrizione del diritto non è separabile dalla sua accettazione, dalla sua approvazione morale (dire che una norma è vincolante, infatti, è approvarla). Il giusnaturalismo non distingue tra conoscenza e valutazione del diritto: la conoscenza del diritto è al tempo stesso valutazione del diritto; conoscere il diritto è, al tempo stesso, approvarlo dal punto di vista morale.

Secondo Ross, per contro, non vi è diritto "nelle cose"[13]: il diritto può solo derivare dallo "spirito"[14], ossia, fuor di metafora, dalla volontà. Pertanto:

(1) Le norme giuridiche non sono il risultato della conoscenza, possono solo essere il prodotto della volontà. In altre parole, una norma giuridica non può che essere creata da un atto normativo umano[15]. Solo il diritto positivo è suscettibile di conoscenza, giacché conoscere il diritto è conoscere non delle norme, ma più semplicemente degli atti normativi (dunque dei fatti, che hanno luogo nel tempo e nello spazio).

(2) La conoscenza naturale (della natura umana o della natura delle cose) non implica logicamente alcuna conclusione prescrittiva: nessun enunciato prescrittivo può essere dedotto dalla conoscenza, cioè da una serie di premesse puramente descrittive[16].

(3) La pretesa "forza vincolante" delle norme (di ogni norma "veramente" giuridica) non è una proprietà empirica oggettivamente

---

[13] M. Villey, *Le droit dans les choses*, in P. Amselek e C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

[14] P. Amselek, *Le droit dans les esprits*, in P. Amselek e C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, cit.

[15] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit., p. 139.

[16] A. Ross, *Directives and Norms*, cit., § 22.

esistente e suscettibile di conoscenza scientifica[17]: è semplicemente il risultato di un atteggiamento emotivo (dunque di una esperienza interiore, psicologica, del tutto soggettiva).

(4) Il diritto positivo può essere studiato dal punto di vista scientifico in modo puramente empirico, senza valutazioni: la conoscenza del diritto è cosa del tutto diversa dalla sua valutazione. In questo senso il diritto non è un valore: è semplicemente un fatto[18].

Il fondamento della teoria della scienza giuridica di Ross è dunque un divorzio totale tra il diritto (in vigore) e la sua pretesa forza vincolante.

4. "Il diritto come fatto": critica del falso positivismo

Secondo Kelsen, il diritto positivo (giacché nessun altro diritto se non quello positivo può dirsi "esistente") è un insieme di norme. Beninteso, questo stesso modo di pensare, apparentemente ovvio, è largamente diffuso anche tra i giuristi. Per Kelsen, tuttavia, le norme sono non dei fatti empirici, ma delle entità del mondo del "dover essere", provviste di una "esistenza" indipendente: e la "esistenza specifica" delle norme è la loro "validità"[19].

Ora, nell'opera di Kelsen (almeno fino alla *Dottrina pura del diritto* del 1960) il termine 'validità' è impiegato proprio allo stesso modo che nelle dottrine giusnaturalistiche: 'validità', cioè, significa obbligatorietà o forza vincolante. Dire che una data norma esiste, dunque, è come dire che tale norma è obbligatoria, deve essere osservata. Una norma non vincolante è una norma non esistente, dunque non è una norma affatto. In altre parole, l'obbligatorietà o forza vincolante è un tratto costitutivo (definitorio) della nozione stessa di norma.

Ciò non significa, naturalmente, che la dottrina pura del diritto e le dottrine giusnaturalistiche abbiano la medesima concezione della validità. La differenza sta in ciò: nel giusnaturalismo la validità di una norma discende dalla sua giustizia, mentre nella dottrina pura la validità di una norma discende dalla sua esistenza, è anzi la sua

---

[17] A. Ross, *Imperativi e logica* (1941), in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio* , cit.

[18] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit., pp. 139-140.

[19] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 19 ss.

stessa esistenza[20]. Per conseguenza, dal punto di vista giusnaturalistico, il diritto positivo non è vincolante quando non è giusto. Mentre, secondo Kelsen, il diritto positivo è sempre vincolante (per definizione) indipendentemente dalla sua giustizia. E tuttavia, per Kelsen, i giudizi di validità sono proposizioni, che possono, in quanto *tali*, essere vere o false[21].

Per questa ragione, la variante kelseniana del positivismo giuridico è giudicata da Ross un falso positivismo: un giusnaturalismo mascherato[22].

Per Ross, il diritto è un fatto nel senso che descrivere il diritto è cosa del tutto diversa dall'attribuirgli forza vincolante. E, simmetricamente, dire che una norma è vincolante od obbligatoria non è affatto descriverla, ma è piuttosto approvarla. La pretesa forza vincolante di una norma è cosa diversa dalla sua esistenza: il diritto esistente può essere descritto in modo puramente empirico, del tutto indipendentemente dalla sua accettazione, come anche dal suo rifiuto.

Pertanto, dire che il diritto è un fatto non significa negare che il diritto (o, come suol dirsi, l'ordinamento giuridico) sia composto di norme: significa soltanto negare che il diritto in quanto tale sia provvisto di forza vincolante.

Al tempo stesso, però, la tesi che il diritto sia un fatto ha anche delle implicazioni ulteriori. Per Kelsen, le norme - di cui il diritto è costituito - non sono oggetti sensibili (non sono, per esempio, delle semplici entità linguistiche, degli enunciati del linguaggio prescrittivo). Le norme, dice Kelsen in varie occasioni, devono essere tenute accuratamente distinte sia dagli atti normativi (da cui sono prodotte), sia dagli enunciati normativi (da cui sono espresse).

Kelsen, come si è detto, concepisce le norme come delle entità peculiari del mondo del "dover essere", ossia di un mondo a sé stante, provvisto di un'esistenza indipendente. Sicché, dal suo punto

---

[20] H. Kelsen, *Perché obbedire al diritto?* (1957), in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981. In proposito: A. Ross, *Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen* (1957), in S. Castignone e R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, cit.

[21] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 86 ss.

[22] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit., pp.153 ss.; A. Ross, *Giusnaturalismo contro positivismo giuridico*, cit., pp. 345 ss. Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*; cit.; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979.

di vista, le norme non sono oggetti "naturali" (o sociali) suscettibili di conoscenza empirica: la conoscenza di norme è una conoscenza "normativa". Questa tesi, riformulata in termini linguistici, significa che le norme non possono essere descritte mediante semplici enunciati indicativi: per descrivere norme occorrono degli enunciati, anch'essi, normativi (più precisamente: deontici), dunque degli enunciati che ripetono la struttura sintattica e logica delle norme stesse. Nella concezione kelseniana, gli enunciati della scienza giuridica sono indistinguibili dalle norme cui si riferiscono[23].

Ora, Ross distingue tra le norme in quanto tali (che egli chiama "direttive") e le norme in vigore (che egli chiama semplicemente "norme")[24].

Per ciò che attiene alla natura delle norme in quanto tali, secondo Ross, il diritto è un fatto nel senso che le norme non sono affatto delle enigmatiche entità del mondo del "dover essere", ma sono molto semplicemente delle "direttive", ossia delle entità di linguaggio, e più precisamente degli enunciati del linguaggio prescrittivo[25].

Per Kelsen, il diritto non è un fatto giacché (nel senso che) affermare l'esistenza di una norma è dire che un certo comportamento è obbligatorio, e l'obbligatorietà di un comportamento non può certo essere considerata un fatto. Per Ross, al contrario, il diritto è un fatto giacché (nel senso che) affermare l'esistenza di norma è semplicemente dire che un certo enunciato del linguaggio prescrittivo è stato, di fatto, proferito da un certo soggetto.

D'altro canto, per quanto attiene alle norme vigenti, il diritto è, per Ross, un fatto nel senso che una norma in vigore - come vedremo - non è altro che un insieme di fatti sociali.

Dunque, non vi è ragione perché il linguaggio della scienza giuridica sia un linguaggio normativo. Il compito della scienza giuridica, secondo Ross, è la descrizione del diritto in vigore. Essa verte, perciò, sulla realtà, sul mondo[26]. Dunque, il linguaggio della scienza giuridica deve essere un linguaggio indicativo, come il linguaggio di ogni altra scienza sociale.

---

[23] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., cap. III.

[24] A. Ross, *Directives and Norms*, cit., cap. IV.

[25] A. Ross, *Directives and Norms*, cit., cap. III; A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 2.

[26] A. Ross, *Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen*, cit., p. 257.

5. La struttura dei sistemi giuridici

La teoria della scienza giuridica di Ross presuppone una concezione dei sistemi giuridici che è profondamente influenzata dalle idee di Kelsen in proposito.

In primo luogo, secondo Ross, un sistema giuridico è un insieme di norme (o "direttive") di due tipi. Da un lato, vi sono le norme di condotta, ossia le norme che comandano delle azioni (o delle omissioni) agli individui. Dall'altro lato, vi sono le norme di competenza, ossia le norme che istituiscono delle autorità competenti, a loro volta, a creare delle norme di condotta. Tuttavia, Ross - come Kelsen - afferma che le norme di competenza non sono logicamente indipendenti dalle norme di condotta: una norma di competenza, egli dice, non è che una formulazione indiretta di una norma di condotta. Per esempio, una norma costituzionale che conferisce ad una certa assemblea il potere legislativo non è che un comando di osservare le norme di condotta che saranno direttamente formulate da questa assemblea[27].

In secondo luogo, le norme di condotta, secondo Ross, non sono rivolte ai cittadini: sono indirizzate ai tribunali. Dunque, le norme di condotta, di cui parla Ross, sono norme che comandano ai tribunali di applicare una sanzione in presenza di certe circostanze. Adottando il lessico di Herbert Hart, possiamo dire: si tratta non di "norme primarie", ma di "norme secondarie", e più precisamente di "norme sulla giurisdizione" (*rules of adjudication*)[28]. Le norme rivolte ai cittadini sono implicite nelle norme rivolte ai giudici e concernenti l'applicazione di sanzioni. Il contenuto reale di una norma di condotta - dice Ross - è una direttiva per il giudice[29]. Si tratta, palesemente, della concezione kelseniana, secondo cui il diritto non è altro che un sistema di norme che disciplinano l'uso della forza[30].

Riassumendo: ogni sistema giuridico include due tipi di norme, norme di condotta e norme di competenza; ma le norme di competenza possono essere ridotte a norme di condotta; d'altra parte, la condotta regolata dalle norme di condotta è l'applicazione di sanzioni, sicché tali norme sono rivolte ai tribunali.

---

[27] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 7.

[28] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, cap. V.

[29] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 7.

[30] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 11. Cfr. N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 119 ss.

Ross - seguendo la traccia di Kelsen - adotta una nozione di norma giuridica molto ristretta, in virtù della quale: (a) la sola cosa su cui una norma può sensatamente vertere è la condotta umana, e per conseguenza (b) ogni enunciato legislativo che non verta direttamente sulla condotta non è propriamente una norma, ma solo una parte, un frammento, di norma[31].

Questa concezione, evidentemente, non è una descrizione empirica del linguaggio effettivo delle fonti del diritto. Si tratta piuttosto di una definizione del concetto di norma giuridica, e più precisamente di una stipulazione, giacché l'uso effettivo di 'norma giuridica' nel linguaggio dei giuristi è assai diverso. Le stipulazioni, come tali, non possono essere né vere né false, poiché non appartengono al linguaggio descrittivo. Una stipulazione può solo essere valutata per la sua utilità in vista di un qualche scopo scientifico dichiarato[32].

Ciò che solleva qualche dubbio sulla concezione di Ross non è la riduzione di ogni norma ad una norma di condotta, ma piuttosto la riduzione di ogni norma ad una norma rivolta ai tribunali e concernente l'applicazione di una sanzione. Si tratta, infatti, di una raffigurazione troppo semplice del contenuto reale dei sistemi giuridici empirici. Ciò almeno per una ragione: questa concezione suggerisce l'idea che ogni norma giuridica sia "giustiziabile", ossia suscettibile di essere applicata in sede giurisdizionale. Ma le cose non stanno così: in ogni sistema giuridico vi sono molte norme (per esempio nel diritto pubblico, e soprattutto nel diritto costituzionale) che non sono affatto suscettibili di applicazione giurisdizionale[33]. Queste norme non trovano posto nella concezione di Ross.

6. Il concetto di diritto in vigore

Si è detto che il compito della scienza giuridica è, per Ross, la descrizione del diritto vigente. La nozione di diritto vigente adottata da Ross, a sua volta, discende direttamente dal suo modo di con-

---

[31] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 68 ss.

[32] Cf. G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

[33] Cfr. M. Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale* (1975), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

cepire la struttura dei sistemi giuridici.

Poiché ogni norma giuridica è rivolta, in ultima analisi, ai giudici, la vigenza delle norme dipende ovviamente dalle decisioni giurisdizionali. Dunque si può dire che una norma sia in vigore quando sia effettivamente applicata dai giudici. Poiché un sistema giuridico è, in ultima analisi, un insieme di norme di condotta per i tribunali, si può concludere che un sistema giuridico vigente è, molto semplicemente, un insieme di norme effettivamente impiegate dai tribunali *nell'elaborazione* delle loro decisioni. Da questo punto di vista, *il diritto* in vigore si identifica completamente con le decisioni dei tribunali[34].

Occorre tuttavia precisare che, secondo Ross, dire che una certa norma è in vigore non significa dire che questa norma è stata effettivamente applicata dai giudici nelle loro decisioni passate, ma significa prevedere che tale norma sarà applicata nelle loro decisioni a venire. Infatti, chi richiede una informazione sul diritto vigente non è interessato alle decisioni passate: vuol sapere quale sarà probabilmente la decisione giudiziale di una certa controversia allorché tale controversia sarà sottoposta ad un giudice. E d'altro canto una norma appena promulgata può ben essere in vigore (suscettibile di applicazione) sebbene nessun giudice abbia ancora avuto l'occasione di applicarla.

Ecco dunque il concetto di vigenza: la vigenza di una norma è una proprietà disposizionale, e precisamente la disposizione di questa norma ad essere applicata dai tribunali. Descrivere il diritto in vigore non è fare delle affermazioni sul passato, ma è fare delle previsioni sul futuro[35].

Si può osservare, di passaggio, che ovviamente le decisioni giurisdizionali non sono entità del "dover essere": sono dei semplici fatti sociali, degli atti umani che hanno luogo nel tempo e nello spazio, insomma dei fatti empirici, che possono essere descritti mediante enunciati indicativi, veri o falsi, e precisamente mediante enunciati suscettibili di essere verificati o falsificati dall'esperienza[36]. Le proposizioni che affermano la vigenza di una norma, in particolare, saranno verificate se, e solo se, la norma in questione sarà davvero applicata dai giudici.

---

[34] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 13 et ch. II.
[35] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 9.
[36] A. Ross, *Directives and Norms*, cit., § 21.

7. L'identificazione del diritto in vigore

Qui giunti, si pone il seguente problema: come è possibile prevedere le decisioni dei tribunali? In che modo si può fondare l'affermazione che una certa norma è valida, ossia la predizione che i tribunali prenderanno probabilmente una certa decisione fondata su questa norma?

Nel realismo giuridico americano, la risposta a questa domanda è molto semplice: per prevedere il comportamento futuro dei giudici è sufficiente conoscere il loro comportamento passato; è sufficiente, per dirla con Hart, osservare il comportamento dei giudici "dal punto di vista esterno", senza curarsi del "diritto di carta", ossia delle fonti del diritto[37].

Tuttavia, secondo Ross, questa risposta "comportamentista" non è soddisfacente. Può accadere che un certo giudice abbia sempre punito l'aborto, ma, se viene promulgata una nuova legge che permette l'aborto, molto probabilmente le decisioni future del medesimo giudice saranno diverse. Il cambiamento nel comportamento del giudice può essere compreso e previsto solo mediante una "interpretazione ideologica" (così si esprime Ross) di questo comportamento, ossia elaborando delle ipotesi sull'ideologia che guida il comportamento del giudice motivando le sue decisioni.

Secondo Ross, limitandosi ad osservare i soli comportamenti esteriori di un giudice, non è possibile distinguere tra le semplici regolarità di comportamento, cioè i comportamenti abituali, e i comportamenti che invece costituiscono osservanza di una norma giuridica. Per distinguere tra queste due specie di comportamenti, occorre assumere un "punto di vista interno", ossia studiare - al tempo stesso - sia il comportamento dei giudici, cioè le decisioni giurisdizionali, sia i fondamenti ideologici di tali decisioni[38].

L'ideologia normativa dei giudici non è che la credenza nel carattere obbligatorio, vincolante, di certe norme e di certi princìpî. L'insieme delle norme e dei princìpî che i giudici accettano come

---

[37] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., cap. VII.
[38] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 8. In questo contesto, ciò che chiamo "punto di vista interno" non è l'atteggiamento di coloro che accettano un dato sistema giuridico, ma è il punto di vista di coloro che non si limitano all'osservazione dei comportamenti esteriori degli agenti sociali, e che invece indagano altresì gli atteggiamenti ideologici di tali agenti (ciò che implica la conoscenza del loro linguaggio).

vincolanti sono le fonti del diritto. Si osservi che, secondo Ross, le fonti del diritto non sono (o almeno non sono soltanto) le fonti "ufficiali", ossia gli atti positivamente autorizzati da una norma giuridica a produrre altre norme giuridiche. Una fonte del diritto, nel linguaggio di Ross, è qualunque cosa che eserciti una influenza determinante sulle decisioni giurisdizionali. Pertanto, le fonti "reali" del diritto comprendono sia le fonti ufficiali (la legge, la consuetudine, eventualmente i precedenti giudiziarî, etc.) sia i principî di giustizia che di fatto sono accettati dai giudici come vincolanti[39].

Tuttavia, non vi è in Ross alcuna indicazione sui metodi che possono essere impiegati per conoscere l'ideologia normativa dei giudici (e quindi per conoscere le fonti "reali" del diritto). Talvolta, Ross sembra pensare a delle indagini psicologiche, all'introspezione. Ma, a ben vedere, non occorre psicoanalizzare i giudici per conoscere la loro ideologia. E' sufficiente analizzare il loro "comportamento".

Si osservi: il comportamento dei giudici è un comportamento linguistico, che consiste nella redazione di sentenze. D'altra parte, le sentenze non comprendono solo le decisioni in senso stretto, ossia i dispositivi: ogni sentenza comprende anche una motivazione. Ed è precisamente dalla motivazione che si può ricavare l'ideologia normativa del giudice. Dunque, dopo tutto, non c'è ragione di allontanarsi dal "comportamentismo": a condizione di intendere per "comportamento del giudice" la decisione giurisdizionale nella sua interezza (dispositivo più motivazione). Ciò significa che il metodo della scienza empirica del diritto non è altro che l'analisi del linguaggio dei giudici[40].

---

[39] A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 8. Cfr. anche A. Ross, *Il problema delle fonti del diritto alla luce di una teoria realistica del diritto* (1935), in S. Castignone e R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, cit.; A. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Munksgaard, Copenhagen, 1946, cap. VI.

[40] Cfr. E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in P. Comanducci et R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

Parte terza

Interpretazione

VII.

L'interpretazione: oggetti, concetti, teorie

1. Oggetti di interpretazione

Il vocabolo 'interpretazione', come in genere i vocaboli della lingua italiana con il medesimo suffisso, può denotare sia un'attività - l'attività interpretativa - sia il risultato o prodotto di tale attività. Ad esempio, "le disposizioni legali sull'interpretazione" sono disposizioni che disciplinano l'attività interpretativa; per contro, una "interpretazione restrittiva" è il risultato di una certa tecnica interpretativa.

Si osservi che il verbo 'interpretare' è comunemente usato nel linguaggio delle scienze sociali, accompagnato dai più vari complementi-oggetto, in diversi contesti e con diverse sfumature di significato. Secondo l'uso corrente, molte cose eterogenee possono costituire oggetto di interpretazione, e i significati che di volta in volta il vocabolo assume paiono dipendere principalmente dal tipo di oggetto su cui l'attività interpretativa verte. Ad esempio:

(1) Quando si parla di interpretare un atto o comportamento umano, 'interpretare' talvolta significa (1.1) fare delle supposizioni intorno agli scopi, alle ragioni, o alle intenzioni del soggetto agente; talaltra significa (1.2) ascrivere un senso o un valore all'azione considerata. In particolare, nell'ambito del discorso giuridico, "interpretare un fatto" (come omicidio intenzionale, poniamo, anziché come morte accidentale) significa includere quel fatto entro una certa classe di fatti, ovvero sussumere quel fatto sotto una norma, o, ancora, qualificare quel fatto secondo lo schema di qualificazione offerto da una norma così da applicare ad esso la conseguenza giuridica (ad

esempio, la sanzione) che quella norma prevede.

(2) Quando si parla di interpretare un evento storico o sociale, spesso 'interpretare' significa congetturare una relazione di causa-effetto tra un certo fatto (o insieme di fatti) condizionante ed un fatto (o insieme di fatti) condizionato.

(3) Quando si parla di interpretare un testo, 'interpretare' significa attribuire senso e/o significato ad un qualche frammento di linguaggio (vocaboli, locuzioni, enunciati). Occorre avvertire, tuttavia, che spesso non si distingue - come invece sarebbe opportuno - tra l'interpretazione del testo in quanto tale e l'interpretazione del comportamento umano consistente nel produrre quel testo (cfr. sopra, al punto (1.1)). Naturalmente, la linea di demarcazione tra le due cose è assai sottile. Nondimeno, la distinzione concettuale va tenuta ferma: altro è interrogarsi sul significato delle parole, altro è interrogarsi sulle supposte intenzioni del parlante. Per esempio, un conto è domandarsi se il vocabolo 'uomo' significhi, in un dato contesto, essere umano o maschio della specie umana; un conto è domandarsi se il tale, dicendo 'Attento a quel che fai', intendesse avvertire o minacciare.

L'interpretazione giuridica appartiene al genere della interpretazione testuale. In espressioni del tipo 'interpretazione giuridica', 'interpretazione del diritto', 'interpretazione della legge', 'interpretazione degli atti (o documenti) normativi', 'interpretazione di norme', e simili, il vocabolo 'interpretazione' denota grosso modo: ora, l'attività di accertare o decidere il significato di un qualche documento o testo giuridico; ora, il risultato o prodotto di tale attività, ossia il significato stesso. Se l'interpretazione sia attività di accertamento o di decisione è questione controversa, alla quale le diverse teorie dell'interpretazione offrono risposte differenti.

Naturalmente, vi è una grande varietà di testi giuridici soggetti ad interpretazione: per esempio, leggi, regolamenti, contratti, testamenti, sentenze, atti amministrativi, e via enumerando. Tuttavia, nella letteratura in tema di interpretazione, un'attenzione particolare è dedicata, comunemente, all'interpretazione della legge e delle fonti del diritto in genere. In particolare, quando si parla della interpretazione di fonti del diritto (testi normativi, formulazioni di norme), come quasi sempre accade, 'interpretare' significa chiarire il "contenuto" e/o il campo di applicazione di una norma.

Si osservi: il modo di esprimersi corrente, secondo cui l'interpretazione ha ad oggetto *norme*, è corretto a condizione che, in questo contesto, per 'norma' si intenda (come talora si intende) un *testo* normativo. Ma quel modo di dire è scorretto, fuorviante, se per 'norma' si intende (come pure frequentemente accade) non già il testo normativo, ma il suo contenuto di *significato*. Giacché, in tal caso, la norma costituisce non l'oggetto, ma il prodotto dell'attività interpretativa.

2. Concetti di interpretazione giuridica

La definizione di 'interpretazione (giuridica)' offerta sopra in prima approssimazione richiede qualche precisazione, giacché il termine in questione non è usato dai giuristi in modo costante ed univoco.

(1) In senso stretto, 'interpretazione' è impiegato per riferirsi alla attribuzione di significato ad una formulazione normativa in presenza di dubbi o controversie intorno al suo campo di applicazione: un testo, si dice, richiede interpretazione (solo) allorché il suo significato è oscuro o contestato, allorché è dubbio se esso sia o no applicabile ad una data fattispecie. In questa accezione, insomma, 'interpretazione' significa pressappoco: decisione intorno al significato non di un testo qualsivoglia in qualunque circostanza, ma (solo) di un testo oscuro in una situazione di dubbio. Questo concetto di interpretazione si riflette in quella direttiva metodologica che si esprime nelle massime "In claris non fit interpretatio" e "Interpretatio cessat in claris" (intendendo 'interpretatio' nel senso moderno): per l'appunto, non si dà e non occorre interpretazione allorché un testo sia chiaro, non dia luogo a dubbi o controversie. Questo modo di usare il termine in esame è fondato sull'una o sull'altra delle due assunzioni seguenti (che costituiscono varianti di un medesimo modo di vedere).

Prima assunzione possibile: si deve distinguere tra due tipi di formulazioni normative. Da un lato, vi sono formulazioni normative il cui significato è chiaro e non controverso. Dall'altro lato, vi sono formulazioni normative il cui significato è equivoco e desta perplessità. Le formulazioni del secondo tipo, ed esse soltanto, richiedono "interpretazione".

Seconda assunzione possibile: si deve distinguere tra due tipi di fattispecie. Per un verso, si danno fattispecie alle quali una data norma pacificamente si applica (controversie la cui soluzione è pacifica). Per un altro verso, si danno fattispecie rispetto alle quali l'applicabilità di una certa norma è dubbia o controversa. Ovvero, in altri

termini, data una certa norma, vi sono: (a) fattispecie che sicuramente ricadono nel suo campo di applicazione (come pure fattispecie che non meno sicuramente sicuramente fuoriescono dal suo campo di applicazione); e (b) fattispecie rispetto alle quali l'applicabilità della norma è incerta, discutibile, o discussa. Le fattispecie del primo danno luogo a casi "chiari" o "facili"; quelle del secondo tipo danno luogo a casi "dubbi" o "difficili". Sono queste ultime le fattispecie che richiedono interpretazione. Si dà interpretazione allorché si risolve un caso "difficile"; non si dà interpretazione allorché si risolve un caso "chiaro".

Si aggiunga che, secondo questo modo di vedere, nelle situazioni del primo tipo, la decisione circa il significato della formulazione normativa in questione non richiede giustificazione; mentre, in quelle del secondo tipo, tale decisione esige di essere argomentata, ossia sostenuta da ragioni. Come dire che non si dà interpretazione senza argomentazione: una "interpretazione" in favore della quale non occorre addurre argomenti non è una vera interpretazione.

(2) In senso lato, 'interpretazione' è impiegato per riferirsi a qualsiasi attribuzione di significato ad una formulazione normativa, indipendentemente da dubbi e controversie. Secondo questo modo di usare il termine in esame, qualunque testo, in qualunque situazione, richiede interpretazione. Qualsiasi decisione intorno al significato di un testo, non importa se "chiaro" od "oscuro", costituisce interpretazione. Attribuire ad un testo un significato ovvio o non controverso, ovvero risolvere una controversia "facile", può non richiedere argomentazione. Nondimeno, anche un significato ovvio è pur sempre un significato, e il significato è una variabile dipendente dell'interpretazione. Includere o escludere una data fattispecie dal campo di applicazione di una certa norma, anche se la cosa è pacifica, presuppone comunque interpretazione. Da questo punto di vista, si dà interpretazione non già in presenza dei soli casi "difficili", ma in presenza di qualunque caso: l'interpretazione è presupposto necessario dell'applicazione.

Secondo questo modo di vedere, l'interpretazione non è che una sorta di traduzione. Più precisamente: l'interpretazione e la traduzione sono congeneri. Tanto l'interpretazione quanto la traduzione, infatti, altro non sono che riformulazioni di testi. 'Tradurre' significa riformulare un testo in una lingua diversa da quella in cui esso è formulato. 'Interpretare' significa riformulare un testo non importa se nella stessa lingua in cui è formulato (come di regola accade) o in una lingua diversa. In diritto, l'interpretazione è tipicamente riformulazione dei testi normativi delle fonti. Come la traduzione consiste nel produrre un enunciato, in una certa lingua, che il traduttore assume essere sinonimo di un enunciato diverso, in un'altra lingua; così nell'interpretazione giuridica l'interprete produce un enunciato, appartenente al suo linguaggio, che egli assume essere sinonimo di un diverso enunciato, appartenente al linguaggio delle fonti.

Il linguaggio del testo interpretato, ovviamente, deve essere tenuto accuratamente distinto dal linguaggio dell'interprete (anche se l'autorità legislativa e gli interpreti si esprimono nella medesima lingua naturale). E, per tale ragione, è inopportuno designare indifferentemente con lo stesso nome di 'norma' sia il testo interpretato (la disposizione, come si usa dire), sia il risultato dell'interpretazione (il significato ascritto a quel testo).

Si osservi: adottare l'uno o l'altro di questi due primi concetti di 'interpretazione' comporta offrire diverse raffigurazioni delle attività intellettuali dei giuristi (dottrina e, soprattutto, giurisprudenza).

In particolare, chi adotti il primo concetto di interpretazione fatalmente sarà indotto a mettere in ombra la componente volitiva o decisoria delle operazioni dottrinali e giurisprudenziali. Questo modo di vedere, infatti, assume che vi siano fonti "chiare" (di significato pacifico) e fonti "oscure" (di significato dubbio). Questo modo di vedere, inoltre, suggerisce che solo l'attribuzione di significato ad una fonte "oscura" richieda valutazioni, scelte, e decisioni. Mentre l'attribuzione di significato ad una fonte "chiara" sarebbe attività conoscitiva, consistente nello scoprire un significato preesistente in un certo testo, e non nel decidere quale significato (tra molti possibili) convenga a quel dato testo. Si sottintende che l'attribuzione di significato ad un testo "chiaro" è cosa suscettibile di esser vera o falsa.

Generalmente, sebbene non necessariamente, questo modo di pensare è connesso a, e dipende da, l'opinione fallace che le parole (e i testi legislativi sono appunto formulati in parole) abbiano un loro significato intrinseco o "proprio". Un significato, cioè, indipendente dai diversi modi di usare e di intendere le parole stesse, precostituito ai modi di usarle ed intenderle. Secondo questa prospettiva, ogni parola "ha" il suo significato: non sono gli uomini a "dare" ad essa un significato (di volta in volta uno a preferenza di altri).

Diversamente, chi adotta il secondo concetto di interpretazione solitamente vuole mettere in evidenza che attribuire un significato ad un testo richiede sempre valutazioni, scelte, e decisioni. In nessun caso l'interpretazione, così intesa, può essere raffigurata come un'attività conoscitiva. E ciò per la buona ragione che non esiste una cosa

come il "significato proprio" delle parole: le parole hanno solo il significato che viene loro attribuito da chi le usa e/o da chi le interpreta. Pertanto, il significato è mutevole, ed ogni decisione interpretativa è sempre, in qualche variabile misura, arbitraria.

Si potrebbe aggiungere - che la stessa distinzione tra testi "chiari" e testi "oscuri" è discutibile. Nel senso che chiarezza e oscurità, a ben vedere, non sono qualità intrinseche di un testo, precedenti l'interpretazione: sono, esse stesse, frutto di interpretazione, intesa in senso lato come ascrizione di significato ad un testo. Ciò per due ragioni. Anzitutto, perché è solo dopo aver interpretato un testo che si potrà dire se esso sia chiaro od oscuro. Inoltre, e soprattutto, perché sulla stessa chiarezza od oscurità del testo può esservi controversia: un testo può risultare chiaro per qualcuno ed oscuro per altri. Dunque, la chiarezza, lungi dall'escludere ogni controversia, può anch'essa costituire oggetto di controversia. Tirando le somme, si può dire che un testo sia chiaro solo se, e nel senso che, sul suo significato gli interpreti concordano. Ma ciò vuol dire, appunto, che la supposta chiarezza non è una proprietà del testo, bensì il frutto di una decisione interpretativa (o di più decisioni interpretative concordi).

Infine, occorre sottolineare che quanti adottano il primo concetto di interpretazione, solitamente, tendono ad identificare testi legislativi e norme: ogni testo o frammento di testo esprime una norma. Tale norma può essere, secondo i casi, chiara e precisa oppure oscura e vaga, ma è comunque una norma preesistente all'attività interpretativa. L'interpretazione ha ad oggetto norme.

Per contro, quanti adottano il secondo concetto di interpretazione sono inclini a distinguere nettamente fra testi legislativi e norme: le norme, pensano, sono il significato dei testi. L'interpretazione ha ad oggetto non già norme, ma testi. Interpretare è decidere il significato di un testo legislativo. Dunque interpretare è produrre una norma. Per definizione, le norme sono prodotte dagli interpreti.

(3) In senso molto lato, 'interpretazione' è talvolta impiegato per riferirsi genericamente all'insieme dei lavoro dei giuristi, il quale include - accanto all'interpretazione vera e propria, nell'uno o nell'altro dei sensi precedentemente enumerati - anche altre operazioni, quali ad esempio: l'identificazione delle fonti del diritto valide e la cosiddetta "sistemazione" del diritto, o costruzione in sistema delle norme giuridiche. A sua volta, la sistemazione del diritto abbraccia una serie di operazioni distinte, quali l'integrazione del diritto (in presenza di lacune), la soluzione di antinomie, e l'esposizione "sistematica" (cioè ordinata) della disciplina giuridica di una data materia.

(4) In alcuni contesti, 'interpretazione' è impiegato per denotare un trattamento dei testi giuridici (percepito come) scorretto, o manipolatorio. In tali contesti, 'interpretare' significa grosso modo eludere una norma. In altre parole, il termine è usato talvolta per suggerire che una certa formulazione normativa non è intesa e applicata secondo il suo significato "naturale", ma è invece alterata o stravolta, così da violarla evitandone tuttavia le conseguenze.

In contesti siffatti, l'uso del termine 'interpretazione' è connesso al primo dei suoi significati (ascrizione di significato in situazioni di dubbio). L'assunzione soggiacente, infatti, è che un testo "chiaro" non richieda interpretazione, e che l'interpretazione costituisca una contraffazione del significato "proprio" (ovvio, indiscusso) delle parole. Questo uso del termine è implicito nell'opinione (alquanto diffusa tra i non specialisti) secondo cui, quando la legge è chiara, è inutile, se non dannoso, interpretarla.

(5) Infine, occasionalmente, e del tutto inopportunamente, 'interpretazione' è talvolta usato come sinonimo di 'applicazione'. Ciò accade quando ci si riferisce in particolare all'interpretazione giudiziale.

Conviene sottolineare, tuttavia, che nell'uso prevalente il termine 'applicazione' ha un senso diverso. In primo luogo, mentre al verbo 'interpretare' conviene qualsiasi soggetto (giacché chiunque può svolgere attività interpretativa), al verbo 'applicare' convengono solo quei soggetti che designano - per l'appunto - organi cosiddetti dell'applicazione: principalmente giudici e funzionari amministrativi. Si può ben dire di un giurista, o di un privato cittadino, che egli "interpreta" il diritto; ma non sarebbe appropriato dire che un giurista, o un privato, "applica" il diritto. In secondo luogo, interpretazione e applicazione sono attività che si esercitano su oggetti differenti: propriamente parlando, l'interpretazione ha ad oggetto (non già norme, come pure si usa dire, ma piuttosto) testi normativi, mentre l'applicazione ha ad oggetto norme in senso stretto (intese come il contenuto di senso dei testi normativi). Pertanto, l'applicazione non coincide con l'interpretazione per la buona ragione che la presuppone (o la include come sua parte costitutiva). In terzo luogo, il termine 'applicazione', specie se riferito ad organi giurisdizionali, designa un insieme di operazioni che includono, accanto all'interpretazione propriamente detta: sia la qualificazione di una fattispecie concreta ('Tizio ha commesso il tale reato'), sia la decisione di una specifica controversia ('Tizio deve essere punito con la tale pena').

3. Teorie dell'interpretazione giuridica

Tre diverse teorie (o piuttosto: famiglie di teorie) dell'interpretazione si fronteggiano nella letteratura giuridica moderna: una teoria "cognitiva" (o formalistica), una teoria "scettica", ed una teoria intermedia tra le due precedenti. In questo contesto, beninteso, il vocabolo 'teoria' si riferisce ad un discorso intorno a ciò che l'interpretazione *è*: altra cosa sono le dottrine intorno a ciò che l'interpretazione *deve essere* (ossia intorno ai metodi che gli interpreti devono adottare, agli scopi che devono perseguire, e simili). Ognuna delle teorie (o famiglie di teorie) in esame può essere raffigurata come un particolare modo di intendere gli enunciati interpretativi, ossia gli enunciati della forma standard: 'Il testo T significa S'. Inoltre, ognuna di queste teorie involge una diversa concezione della discrezionalità giudiziale.

(1) La teoria cognitiva sostiene che l'interpretazione è un'attività di tipo conoscitivo: interpretare è accertare (empiricamente) il significato oggettivo dei testi normativi e/o la soggettiva intenzione dei loro autori (tipicamente: le autorità legislative). Ciò equivale ad dire che gli enunciati degli interpreti ('Il testo T significa S') sono enunciati del discorso descrittivo, ossia enunciati di cui si può accertare la verità o la falsità.

Questo modo di vedere si fonda su fallaci assunzioni. O sulla credenza che le parole incorporino un significato "proprio", intrinseco, dipendente non dall'uso delle parole stesse, ma dalla relazione "naturale" tra parole e realtà. O sulla credenza che le autorità normative (che comunemente, nel mondo moderno, sono organi collegiali e, per giunta, internamente conflittuali) abbiano una "volontà" univoca e riconoscibile come gli individui. Si ritiene, per conseguenza, che scopo dell'interpretazione sia semplicemente "scoprire" questo significato oggettivo o questa volontà soggettiva, preesistenti. Si ritiene inoltre che ogni testo normativo ammetta una, ed una sola, interpretazione "vera".

Di solito, inoltre, la teoria cognitiva dell'interpretazione si accompagna all'opinione che ogni sistema giuridico sia necessariamente completo (privo di lacune) e coerente (privo di antinomie), in modo tale che ogni controversia ricada sempre sotto il dominio di una, ed una sola, norma precostituita.

Dal carattere conoscitivo dell'interpretazione e dalla necessaria completezza e coerenza del diritto segue che non resta alcuno spazio per la discrezionalità giudiziale: le decisioni dei giudici sono determinate esclusivamente da norme preesistenti. Malgrado qualche superficiale indizio contrario, i giudici di fatto applicano solo il diritto che trovano già fatto, e non ne creano di nuovo.

Evidentemente, la teoria cognitiva dell'interpretazione è strettamente connessa con la dottrina della separazione dei poteri, con il principio di soggezione del giudice alla legge (principio di legalità nella giurisdizione), e con il "mito" della certezza del diritto. Questa teoria, diffusa nella dogmatica gius-positivistica del secolo XIX, è oggi largamente screditata presso qualunque giurista avvertito. Nondimeno, essa è tuttora pervasiva nel pensiero giuridico comune e nello stile argomentativo (motivatorio) delle corti. Inoltre, alcuni modi di vedere legati alla teoria cognitiva dell'interpretazione sopravvivono, in forma mascherata, nella filosofia giuridica contemporanea: ad esempio, nella tesi secondo cui ogni questione di diritto ammette una ed una sola "risposta giusta".

(2) La teoria scettica sostiene che l'interpretazione è attività non di conoscenza, ma di valutazione e decisione. Questa teoria si fonda sull'opinione che non vi sia una cosa come il significato "proprio" delle parole, giacché ogni parola può avere o il significato che vi ha incorporato l'emittente, o quello che vi incorpora il fruitore, e la coincidenza tra l'uno e l'altro non è garantita.

Ogni testo, secondo questa teoria, può essere inteso in una pluralità di modi differenti, e le diverse interpretazioni dipendono dai diversi atteggiamenti valutativi degli interpreti. Inoltre, nei sistemi giuridici moderni, non vi sono legislatori individuali la cui volontà si possa accertare con metodi empirici; e d'altro canto non esiste affatto una cosa come una "volontà collettiva" degli organi collegiali.

Ne segue che gli enunciati interpretativi ('Il testo T significa S') non sono né veri né falsi. Tali enunciati hanno la stessa struttura profonda delle definizioni cosiddette stipulative, ossia di quelle definizioni che non descrivono l'uso effettivo di un certo termine o di una certa espressione, ma propongono di conferire a quel termine o a quella espressione un significato a preferenza di altri. Che le stipulazioni non siano né vere né false è fuori discussione.

S'intende che, da questo punto di vista, le norme giuridiche non preesistono all'interpretazione, ma sono il suo risultato. Di solito, a questo modo di vedere si accompagna l'opinione che i sistemi giuridici non siano necessariamente, e di fatto non siano mai, né completi né coerenti. Di fronte ad una lacuna o ad una antinomia, i giudici creano diritto nuovo, agendo come legislatori. Pertanto, non si può tracciare una netta linea di demarcazione tra potere giurisdizio-

nale e potere legislativo.

La teoria scettica è sostenuta, nella letteratura contemporanea, specialmente dalle correnti del cosiddetto "realismo giuridico" (americano, scandinavo, italiano). Tale teoria evidentemente trascura i vincoli e limiti oggettivi, ai quali le scelte degli interpreti sono fatalmente soggette. Tali vincoli dipendono dalla circostanza che, in ogni ambiente culturale dato, gli usi linguistici correnti ammettono una gamma, per quanto vasta, comunque limitata di possibili significati per ogni espressione data. Le attribuzioni di significato che non ricadono entro questa gamma sono difficilmente sostenibili, soggette a critica, probabilmente destinate all'insuccesso. Ed è ovvio che tra le abitudini linguistiche diffuse vanno incluse, se vi sono, le interpretazioni già accreditate e consolidate di un certo testo normativo. E' pure ovvio che sono scarsamente praticabili tutte quelle interpretazioni che l'interprete non sia in grado di argomentare (o motivare) in modo convincente secondo gli standards di razionalità accolti nel suo ambiente culturale.

(3) La terza teoria, intermedia tra le precedenti (se si vuole: un tentativo di conciliazione tra le precedenti), sostiene che l'interpretazione è talvolta un'attività di conoscenza, talaltra un'attività di decisione discrezionale.

Questa teoria sottolinea la irriducibile "trama aperta" (cioè la vaghezza, l'indeterminatezza) di pressoché tutti i testi normativi, che sono abitualmente formulati in linguaggio naturale per mezzo di termini classificatori generali. Come può esser difficile stabilire se un tale sia o non sia "calvo" o "giovane" (quanti capelli occorre perdere per divenire calvi? quanti anni occorre avere per esser giovani?), così può esser difficile stabilire se una data controversia ricada o no sotto il dominio di una certa norma. In seno al significato di ogni testo normativo si può distinguere un "nocciolo" luminoso e, intorno ad esso, una indefinita "zona di penombra".

Ne segue che, per ogni norma, vi sono casi "facili", che sicuramente ricadono entro il suo campo di applicazione, come pure casi marginali, "difficili", rispetto ai quali l'applicabilità della norma è controversa, giacché essi cadono nella "zona di penombra". Orbene, i giudici non esercitano alcuna discrezionalità quando applicano una norma a casi chiari; essi esercitano discrezionalità solo quando applicano (o negano applicazione a) una norma nei casi di "penombra", poiché in tali casi la decisione della controversia richiede una scelta tra almeno due soluzioni alternative. E' falso che le decisioni dei giudici siano sempre controllate da norme precostituite, senza margini di discrezionalità (come vorrebbe la teoria cognitiva); ma è egualmente falso che i giudici decidano discrezionalmente sempre e comunque (come vorrebbe la teoria scettica). Palesemente, questo modo di vedere è connesso ad uno dei significati del termine 'interpretazione' a suo tempo esaminati (interpretazione come attribuzione di significato in situazioni di dubbio).

Secondo la teoria in esame, si può distinguere tra "scoprire" il significato di un testo normativo, e "ascrivere" significato ad un testo normativo. L'interprete decide il significato di un testo - ascrive un significato a quel testo - quando si muove nell'area di penombra, cioè quando risolve un caso dubbio. Per contro, l'interprete si limita a descrivere, o scoprire, il significato di un testo allorché risolve un caso chiaro. Pertanto, si possono distinguere due tipi di enunciati interpretativi, a seconda del significato di volta in volta attribuito ad un certo testo normativo. Quando il significato attribuito ricade nell'ambito del "nocciolo", l'enunciato interpretativo è vero, essendo il risultato di un semplice accertamento del significato accettato preesistente. Per contro, quando il significato attribuito ricade nell'area di "penombra", l'enunciato interpretativo non è né vero né falso, poiché è il risultato di una decisione discrezionale.

Questa teoria palesemente assume che la distinzione tra casi facili (che ricadono nel "nocciolo") e casi difficili (che ricadono nella "penombra") sia una distinzione oggettiva, non frutto a sua volta di decisioni interpretative. Si può sostenere, tuttavia, che gli interpreti (in particolare: i giudici) usino discrezionalità non solo nel decidere la soluzione di controversie che ricadono nella "zona di penombra", ma anche nel decidere se una controversia ricada, o no, nel "nocciolo" luminoso; che, insomma, siano frutto di decisioni interpretative gli stessi, incerti, confini tra "nocciolo" e "penombra", che la "penombra" stessa sia il risultato della discrezionalità degli interpreti.

Tutte e tre le teorie (o famiglie di teorie) menzionate sembrano trascurare la possibilità che vi sia, per così dire, una molteplicità di "giochi interpretativi", ciascuno retto da regole diverse. In particolare, la teoria cognitiva (come pure la teoria intermedia) palesemente assume il punto di vista del giudice "fedele alla legge", mentre la teoria scettica fa suo il punto di vista dell'avvocato o del consulente legale, "fedele" non alla "legge", ma agli interessi del cliente. Ma è lecito domandarsi se queste due categorie di soggetti, nell'interpretare i testi normativi, giochino allo stesso gioco. E, qualora la risposta sia negativa, se sia possibile e sensata una teoria "generale" dell'interpretazione, che pretenda di abbracciare attività interpretative così etero-

genee (perché diversamente finalizzate).

Evidentemente, questioni del tipo "Qual è il 'vero' significato di questa legge?", "Quale era la 'vera' intenzione del legislatore?", e simili, possono sorgere solo nell'ambito di quel peculiare gioco interpretativo, che è giocato da un giudice fedele, legalitario, devoto all'osservanza e all'applicazione della legge (della legge in quanto tale, quale che possa essere in concreto il suo contenuto normativo). Gli avvocati, tuttavia, hanno un diverso atteggiamento nei confronti della legge: essi non danno per scontato alcun obbligo (morale), loro proprio o dei loro clienti, di obbedire alla legge in quanto tale. Di fatto, essi giocano un gioco interpretativo del tutto diverso: non si domandano quale sia il 'vero' significato della legge, o quale fosse la 'vera' intenzione del legislatore. Si domandano: come posso io interpretare o manipolare le formulazioni normative esistenti in vista degli scopi del mio cliente?

VIII.

"Trama aperta", scienza giuridica, interpretazione

1. La "trama aperta" delle norme

E' diffusa in teoria del diritto la tesi secondo cui le norme giuridiche sarebbero enunciati formulati in linguaggio naturale (la lingua italiana, la lingua inglese, la lingua castigliana, etc.) e dotati, come tali, di una "trama aperta" (*open texture*)[1].

Come può esser difficile stabilire se un tale sia o non sia "calvo" o "giovane" (quanti capelli occorre perdere per divenire calvi? quanti anni occorre avere per esser giovani?), così può esser difficile stabilire se una data controversia ricada o no sotto il dominio di una certa norma.

Si usa chiamare "zona di penombra" questa area di casi in cui la norma è di incerta applicazione.

Ciò significa che, data una certa norma, vi sono: (a) fattispecie che sicuramente ricadono nel suo campo di applicazione; (b) fattispecie che sicuramente fuoriescono dal suo campo di applicazione; e

---

[1] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961; Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983; G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, II ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979; Id., *Sull'interpretazione giuridica* (1965), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Arnold, London, 1981.

infine (c) fattispecie rispetto alle quali l'applicabilità della norma è dubbia, incerta, discutibile, contestata.

2. Trama aperta e scienza giuridica

La tesi secondo cui le norme hanno una trama aperta può farsi risalire a Herbert Hart. In Hart, l'idea che le norme abbiano una zona di "penombra" è connessa ad una teoria della scienza giuridica: più precisamente, serve a difendere una teoria normativistica della scienza giuridica[2] contro gli attacchi del realismo giuridico.

Per Hart, come per Kelsen, il diritto è costituito da norme (*rules*): norme, beninteso, create dal legislatore, e quindi precostituite all'interpretazione e all'applicazione giurisdizionale. La scienza giuridica, pertanto, è una scienza di norme.

A questo modo di vedere, si suole obiettare - da un punto di vista gius-realistico - che il diritto è costituito non da "norme", ma piuttosto da formulazioni linguistiche di significato indeterminato: non vi sono "norme" di sorta prima di, e indipendentemente da, l'interpretazione[3]. Talché le cosiddette "norme" giuridiche non sono un possibile oggetto di conoscenza scientifica. La scienza giuridica può solo consistere nella descrizione delle decisioni interpretative ed applicative dei giudici: nella descrizione, dunque, di fatti (discorsi e comportamenti giudiziali), non di norme.

A questa obiezione Hart replica che norme precostituite all'interpretazione e all'applicazione, malgrado tutto, vi sono. E' pur vero che le norme hanno una trama aperta, e perciò anche una "zona di penombra". Ma al centro della trama vi è una "zona di luce", nell'ambito della quale l'interpretazione e l'applicazione della norma non sono controverse. Nella misura in cui le norme hanno una "zona di luce", una scienza di norme è possibile[4].

In Hart, dunque, l'idea dell'area di penombra serve non tanto ad affermare che le "norme" sono enunciati vaghi, di incerta applicazione, quanto piuttosto a sottolineare, paradossalmente, l'opposto:

---

[2] Sul normativismo il testo fondamentale è: A.G. Conte, *Normativismo*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino, vol. XI, 1964.

[3] Cfr. ad es. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974; Id., *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980.

[4] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., spec. cap. VII.

malgrado un certo grado di vaghezza, le norme hanno anche un'area di applicazione pacifica. La "penombra", infatti, si definisce in negativo, come quella zona in cui non c'è luce e non c'è neppure buio completo. Non tutti i casi sono dubbi: l'area dei casi dubbi è delimitata, "circondata", dall'area dei casi chiari (da una parte, l'insieme dei casi cui la norma è certamente applicabile; dall'altra parte, l'insieme dei casi cui, altrettanto certamente, la norma non è applicabile).

3. Trama aperta e discrezionalità interpretativa

I concetti di trama aperta e di zona di penombra sono stati utilizzati da Genaro Carrió per fondare una teoria della discrezionalità giudiziale[5]. E' centrale nel discorso di Carrió la distinzione tra due tipi di controversie.

Da un lato, secondo Carrió, vi sono controversie la cui soluzione è ovvia e automatica, giacché esse sicuramente rientrano nel, o sfuggono al, campo di applicazione di una norma. Dall'altro lato, vi sono - per dirla con Ronald Dworkin[6] - "casi difficili", cioè controversie la cui soluzione non è ovvia, perché esse cadono nella zona di penombra.

Orbene, secondo Carrió: i giudici non esercitano alcuna discrezionalità quando applicano una norma a casi chiari; essi esercitano discrezionalità solo quando applicano (o negano applicazione a) una norma nei casi di "penombra".

Si tratta, come chiarisce lo stesso Carrió, di una teoria dell'interpretazione intermedia tra formalismo e realismo, e critica nei confronti di entrambi. E' falso che le decisioni dei giudici siano sempre controllate da norme precostituite, senza margini di discrezionalità (come vorrebbe il formalismo); ma è egualmente falso che i giudici decidano discrezionalmente sempre e comunque (come vorrebbe il realismo). Per l'appunto: i formalisti ignorano la "zona di penombra"; i realisti ignorano la "zona di luce".

La critica al formalismo è ineccepibile. La critica al realismo, al contrario, solleva qualche dubbio. Si può convenire agevolmente sull'idea della penombra in quanto teoria del significato, ma di qui a sostenere che vi sono casi ("chiari") nei quali i giudici non esercitano

---

[5] G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica*, cit.

[6] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978, cap. IV.

alcuna discrezionalità interpretativa ci corre.

Il punto è, molto semplicemente, questo: chi decide se un caso ricada nella "zona di luce" o nella "zona di penombra"? Chi traccia i confini tra le due aree? I giudici, ovviamente. I giudici, cioè, usano discrezionalità non solo nel decidere la soluzione di controversie che ricadono nella "zona di penombra", ma anche nel decidere se una controversia ricada, o no, nella "zona di luce". Insomma, sono frutto di decisioni interpretative gli stessi, incerti, confini tra "luce" e "penombra". In altre parole ancora, la penombra stessa è il risultato della discrezionalità degli interpreti.

Le norme giuridiche - dice bene Carrió - sono (per lo più) formulate in linguaggio naturale. Ciò suggerisce un'assimilazione tra linguaggio giuridico e linguaggio comune. Ma questa assimilazione, a prima vista così sensata, cela in sé un fatale errore, perché induce ad assimilare altresì la "conversazione" giuridica (cioè il processo d'interpretazione) alla conversazione quotidiana. Diciamo così: nella comunicazione quotidiana, difficilmente qualcuno metterebbe in dubbio che ad una persona senza alcun capello convenga l'attributo di 'calvo'; ma se si trattasse di interpretare il vocabolo 'calvo' in quanto appartenente al linguaggio legislativo (cioè in quanto usato in una legge), non pochi giuristi sarebbero disposti a sollevare un tale dubbio, e ciò non sarebbe motivo di meraviglia per i loro colleghi. Vorrei illustrare il punto con un esempio che mi pare illuminante[7].

Recita l'articolo 89, I comma, della Costituzione italiana vigente: "Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità". La disposizione brilla per la sua chiarezza: (a) tutti gli atti presidenziali devono essere fondati su una proposta ministeriale; (b) la controfirma dei ministri proponenti è condizione necessaria di validità degli atti presidenziali; (c) il Presidente non è autorizzato ad assumere alcun atto di propria iniziativa. Invero, la disposizione è così chiara che si stenta ad immaginare dei casi che possano ricadere in una sua ipotetica "zona di penombra".

Ma questa chiarezza non ha soddisfatto i giuristi (qui i giudici sono fuori causa, giacché non si tratta di materia giustiziabile: almeno non direttamente). La dottrina, in primo luogo, ha offerto una configurazione dogmatica del Presidente della Repubblica come potere neutro, che si colloca al di fuori dei tre poteri dello stato (il legislativo, l'esecutivo, il giurisdizionale). In secondo luogo, ha assegnato al Presidente una funzione di garanzia dell'assetto costituzionale dei poteri e dei loro reciproci rapporti. In terzo luogo, ha prospettato la possibilità che, nell'esercizio di tale funzione, il Presidente compia atti di sua propria iniziativa, non fondati su una previa proposta ministeriale. In quarto luogo, ha creato artificialmente una "lacuna" del diritto, argomentando che l'art. 89 Cost. non già esclude, ma semplicemente omette di prevedere gli atti di iniziativa presidenziale. In quinto luogo, ha colmato fantasiosamente la lacuna, elaborando la norma costituzionale "apocrifa" secondo cui, in questi casi, l'atto presidenziale deve essere controfirmato dal ministro (non già proponente, ma) competente, allo scopo di controllarne la legittimità.

[7] F. Sorrentino, *I princìpi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Diritto e società", n. 2, 1987.

Dunque le lacune del diritto - e, a maggior ragione, le semplici incertezze applicative - non dipendono (o almeno: non dipendono solo) dalla intrinseca vaghezza del linguaggio delle fonti: le lacune sono create dagli interpreti. Essi esercitano discrezionalità non solo nel colmare le lacune, ma - ancor prima - nello stabilire se e quando una lacuna vi sia. Se è vero che gli interpreti colmano le lacune discrezionalmente (mediante la creazione di norme nuove), è anche vero però che sono gli interpreti medesimi ad auto-attribuirsi tale discrezionalità, creando - essi - anche le occasioni per esercitarla.

4. Interpretare vs. descrivere interpretazioni altrui

Alla tesi di Carrió fin qui discussa ne è connessa un'altra, che merita qualche osservazione critica. Carrió distingue tra "scoprire" il significato di un testo normativo, e "ascrivere" significato ad un testo normativo. L'interprete decide il significato di un testo - ascrive un significato a quel testo - quando si muove nell'area di penombra, cioè quando risolve un caso dubbio. Per contro, l'interprete si limita a descrivere, o scoprire, il significato di un testo allorché risolve un caso chiaro[8].

In tal modo, Carrió - come già Hart - suggerisce che il discorso dell'interprete possa essere un discorso descrittivo, e precisamente descrittivo di norme. L'interprete si limita a descrivere norme quando attribuisce ad un testo normativo un significato non controverso.

Carrió sbaglia. Egli palesemente confonde due tipi di discorso ben diversi:

[8] G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica*, cit.

(a) il discorso interpretativo, ossia il discorso di chi ascrive, attribuisce, o conferisce significato ad un testo;

(b) il discorso descrittivo di interpretazioni, ossia il discorso di chi rileva o riferisce che, di fatto, un testo è stato interpretato in un certo modo da parte di qualcuno[9].

Tra i due tipi di discorso corre la stessa differenza che distingue le definizioni lessicali da quelle stipulative. Per 'definizione' s'intende il chiarimento del significato di un vocabolo (o di una locuzione) mediante (altre) parole. Si dice lessicale la definizione di chi descrive il modo in cui il vocabolo in questione è effettivamente usato da qualcuno. Si dice stipulativa la definizione di chi propone che quel vocabolo venga usato in un certo modo. Potremmo dire: chi offre una definizione stipulativa definisce in senso stretto; chi offre una definizione lessicale non fa che riferire le definizioni stipulative altrui.

Questa distinzione è del tutto irrelata al fatto che il significato di cui si parla sia pacifico o controverso. E' irrilevante, insomma, che si includa nel campo di applicazione di un testo normativo un caso "chiaro" o un caso "dubbio".

L'interprete che attribuisca ad un testo normativo un significato - per quanto ovvio e pacifico possa essere questo significato - pronuncia tuttavia un discorso interpretativo, e non descrittivo di interpretazioni (altrui).

Per contro, il sociologo empirico del diritto il quale riferisca che ad un certo testo è stato attribuito un dato significato - per quanto stravagante e controverso possa essere questo significato - pronuncia tuttavia un discorso non interpretativo, ma solo descrittivo di interpretazioni (altrui).

Chi descrive le interpretazioni altrui, quali che siano queste interpretazioni, compie un atto linguistico descrittivo: agli enunciati del discorso descrittivo convengono i valori di vero e di falso. Per contro, chi interpreta un testo - comunque lo interpreti - esegue un atto di linguaggio del tutto differente: l'atto linguistico chiamato 'interpretazione'. Agli enunciati del discorso interpretativo - a meno di immaginare che le parole incorporino un significato "proprio" - non possono convenire i valori di verità. Anche ammesso che abbia ad oggetto "norme" (e non invece dei più modesti testi normativi), in nessun caso l'interpretazione può essere configurata come discorso descrittivo.

---

[9] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 61 ss.

IX.

Formalismi

1. Formalismo e interpretazione

Notoriamente la locuzione 'formalismo giuridico' non ha un solo, univoco, significato, ma significati diversi in diversi contesti d'uso[1]. In questa sede, circoscriverò il mio discorso agli usi della locuzione 'formalismo giuridico' in contesti di teoria e meta-teoria dell'interpretazione. Vorrei introdurre una distinzione, che probabilmente è del tutto ovvia, ma che, se non erro, è sfuggita agli studiosi che si sono occupati del formalismo giuridico o, quanto meno, non è stata da loro espressamente tematizzata.

Ebbene, pare a me che, in contesti di teoria e meta-teoria dell'interpretazione, si parli comunemente di formalismo giuridico in riferimento a tre cose diverse:

(a) il modo di interpretare;

(b) il modo di argomentare una decisione interpretativa;

(c) il modo di teorizzare intorno all'interpretazione (e all'argo-

---

[1] Tali significati e tali contesti sono stati accuratamente censiti da N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 79 ss.; R. Orestano, *'Diritto'. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 383 ss.; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 19 ss.; M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffré, Milano, 1980; Id., *Formalisme juridique*, in A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988; M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 97 ss.

mentazione).

Per rimarcare la distinzione, propongo di introdurre una terminologia *ad hoc*, distinguendo tra: (a) formalismo interpretativo, (b) formalismo argomentativo, e (c) formalismo teorico.

La distinzione, come dicevo, è ovvia. Interpretazione e argomentazione sono parti diverse del discorso dell'interprete[2]. Interpretazione è la decisione intorno al significato di un documento normativo; argomentazione dell'interpretazione è l'insieme di giustificazioni che si adducono in favore di tale decisione (e, soprattutto, contro altre possibili decisioni differenti[3]). Teoria dell'interpretazione è il discorso - o piuttosto il meta-discorso, il discorso di secondo grado - di chi analizza le prassi interpretative (e argomentative) altrui.

Formalismo interpretativo e formalismo argomentativo sono atteggiamenti propri degli interpreti. Il formalismo teorico è un atteggiamento proprio di chi riflette sul lavoro degli interpreti[4]. I tre tipi di

---

[2] Anche se, nei fatti, può risultare assai difficile tracciare una netta linea di demarcazione tra argomenti interpretativi e conclusioni interpretative.

[3] E' stato osservato che non sempre l'interpretazione richiede argomentazione: di fatto, si usa argomentare solo quelle scelte interpretative che non siano ovvie, che siano contestate o contestabili. Cfr. L. Gianformaggio, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica, ovvero i giuristi interpeti presi sul serio*, in F. Gentile (ed.), *Interpretazione e decisione / Diritto ed economia*, Atti del XVI Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Padova, 1987), Giuffré, Milano, 1989; E. Diciotti, *Il ragionamento interpretativo giudiziale*, Dottorato in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Tesi, Milano, 1990.

[4] Scrive G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 37-38: «Si parla anche di 'formalismo' a proposito di un particolare modo - o serie di modi - di intendere il problema dell'interpretazione del diritto, ed anche di un particolare modo - o serie di modi - di praticarla». Tarello intravede qui la distinzione tra formalismo nel modo di praticare l'interpretazione e formalismo nel modo di teorizzare su di essa, ma poi circoscrive il suo discorso al solo formalismo interpretativo: «si parla di formalismo (interpretativo) per alludere a tutti quei metodi che, nel ricavare da una norma un significato ai fini della soluzione di un problema giuridico, si affidano ad elementi che si assumono essere intrinseci alla norma (o al sistema delle norme) in questione, trascurando fattori storici, teleologici, economici, funzionali, ambientali o, in una parola, fattori (che si assumono) estrinseci».
N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 94, scrive a sua volta: «formalistica è considerata, ad esempio, la prevalenza data all'interpretazione logica e sistematica su quella storica e teleologica»; inoltre, «viene considerata formalistica ogni dottrina che attribuisca al giudice potere meramente dichiarativo della legge vigente e non anche creativo di diritto nuovo». Nell'un ca-

formalismo meritano analisi indipendenti.

2. Formalismo interpretativo

Cominciamo dal formalismo interpretativo[5]. Bisogna subito osservare che non è affatto chiaro che cosa si intenda dire quando si usa il vocabolo 'formalismo' in riferimento ad atteggiamenti interpretativi. A dire il vero, mi pare che nel comune linguaggio dei giuristi si usi chiamare formalistici due atteggiamenti interpretativi ben diversi, se non opposti.

Per un verso, si dice talora formalistico quel tipo di interpretazione che si attiene alla lettera dei documenti normativi, ossia al loro significato più immediato (secondo il senso comune delle parole), trascurandone la *ratio*. E' formalistico, in questo senso, l'atteggiamento di fedeltà alla legge (nell'unico senso ragionevole di questa espressione: fedeltà alla lettera della legge, ossia: interpretazione letterale o dichiarativa).

Per un altro verso, si dice talora formalistico quel tipo di interpretazione che, lungi dal fermarsi al senso letterale più immediato dei documenti normativi, attribuisce ad essi un significato "sistematico", cioè un significato lontano da quello letterale e condizionato da complesse sovrastrutture dogmatiche costruite dall'interprete stesso. E' formalistico, in questo senso, l'atteggiamento di chi non è per nulla fedele alla legge, ma anzi la manipola allegramente.

Ad esempio, vi sono (almeno) due modi possibili di interpretare l'art. 89, I comma, Cost.: "Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti,

---

so, palesemente, 'formalismo' è nome di una tecnica interpretativa; nell'altro, di una dottrina dell'interpretazione (giudiziale). Di tale dottrina, in questa sede, non mi occupo.

[5] Nel lessico di M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 'formalismo interpretativo' designa senz'altro "una teoria della interpretazione giuridica": la teoria secondo cui le norme hanno "una unica interpretazione corretta". In tal modo, mi pare, non si distingue tra il piano dell'interpretazione e quello della teoria dell'interpretazione (o, comunque, ci si occupa del solo formalismo che io chiamo "teorico", qui denominato "interpretativo"). Non mi occupo in questa sede di quello che Jori chiama "formalismo pratico", ossia il decidere in base a norme (assunte come) precostituite (cfr. spec. M. Jori, *Il formalismo giuridico*, cit.).

che ne assumono la responsabilità"[6].

Prima interpretazione (letterale): ogni atto del Presidente deve essere controfirmato dal ministro proponente, a pena di invalidità; dunque, ogni suo atto deve essere preceduto e condizionato da una proposta ministeriale; insomma, il Presidente non può compiere alcun atto di sua iniziativa, alcun atto che non sia proposto da un ministro; ogni atto "presidenziale" è, sostanzialmente, un atto "governativo".

Seconda interpretazione (sistematica): nelle forme di governo parlamentari il Presidente, sebbene assolva talune funzioni (già proprie del monarca) connesse all'esercizio del potere esecutivo, è tuttavia organo estraneo ai tre poteri dello stato, con compiti di raccordo tra di essi (egli incarna un "potere neutro"); pertanto devono distinguersi due tipi di atti presidenziali: da un lato, quelli sostanzialmente governativi, dall'altro quelli "propri" del Presidente, o presidenziali in senso stretto (gli atti cioè che egli compie nell'esercizio della sua funzione equilibratrice tra i diversi poteri); i primi e i primi soltanto sono condizionati dalla proposta governativa; gli atti da lui compiuti in quanto "potere neutro" non sono subordinati alla proposta ministeriale; devono dunque essere controfirmati dal ministro proponente non già tutti gli atti presidenziali, ma solo quelli assunti per l'appunto sulla base di una proposta ministeriale (i rimanenti o non richiedono controfirma, o devono essere controfirmati dal ministro competente per materia).

Le due interpretazioni, palesemente, mettono capo a conclusioni opposte. Eppure entrambe possono dirsi formalistiche, secondo gli *standards* linguistici correnti. L'una è formalistica nel primo senso di 'formalismo', l'altra è formalistica nel secondo senso. L'una riproduce il significato più immediato, il significato *prima facie*, della disposizione; l'altra se ne discosta decisamente, essendo pregiudicata da una costruzione dogmatica precostituita.

Se questo rilevamento intorno agli usi di 'formalismo' è esatto - se è vero, cioè, che si dice formalistica tanto l'interpretazione letterale quanto, per ragioni diverse, l'interpretazione sistematica - sembra ovvio concluderne che il vocabolo 'formalismo' è semplicemente inutilizzabile per qualificare atteggiamenti interpretativi. Impiegare un vocabolo che, nell'uso comune, è idoneo a designare tanto una cosa

---

[6] Qualche spunto in F. Sorrentino, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Diritto e società", n. 2, 1987.

quanto il suo contrario (diciamo, per intenderci: tanto i metodi della scuola dell'esegesi quanto quelli della giurisprudenza dei concetti) può solo generare confusione[7]. Insomma, di formalismo interpretativo sarebbe fruttuoso smettere senz'altro di parlare.

3. Formalismo argomentativo

Generalmente parlando, i due diversi tipi di formalismo interpretativo hanno forse un solo tratto comune: cioè, grosso modo, l'omessa considerazione dei fatti (oggetto di qualificazione giuridica), l'omessa considerazione degli interessi in gioco, l'omessa considerazione dei prevedibili effetti di una scelta interpretativa data in luogo di un'altra.

A ben vedere, tuttavia, ciò attiene non tanto all'interpretazione in senso stretto, quanto piuttosto alle tecniche argomentative. Si tratta, cioè, non del modo di interpretare, ma del modo di giustificare una scelta interpretativa (una decisione intorno al significato di un certo testo normativo).

In riferimento a tecniche argomentative si dice 'formalismo' quel modo di giustificare una decisione interpretativa che non fa appello a fatti, ad interessi, a conseguenze, a valori, a scopi, ma solo alla "norma" o al "sistema delle norme", ossia al testo normativo (trascurando ogni elemento extra-testuale) oppure ad un sistema concettuale dogmatico (trascurando ogni elemento extra-sistematico)[8].

---

[7] Secondo R. Orestano, *'Diritto'. Incontri e scontri*, cit., pp. 388 e 391, l'espressione 'formalismo giuridico' si riferisce, tra le altre cose, alla "rigida interpretazione letterale", ma anche al cosiddetto "metodo giuridico" (di Laband e Orlando), che consiste nel depurare l'indagine giuridica «da tutti gli elementi ritenuti estranei, e cioè gli elementi etici, psicologici, economici, etnologici, sociologici, politici, ideologici, in una parola storici o come anche suole dirsi 'metagiuridici', e da ogni considerazione moralistica, finalistica, utilitaria, ecc., ossia valorativa».

[8] Il formalismo argomentativo - sotto il nome di "concettualismo" - è ben definito da G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano, 1962, p. 117: «Per atteggiamento 'concettualistico' si intende di solito l'atteggiamento di quei giuristi i quali, in sede di "interpretazione" delle norme giuridiche, si avvalgono esclusivamente o prevalentemente di argomentazioni che consistono in deduzioni concettuali compiute sulla base di definizioni precostituite dei termini che compaiono nel dettato normativo: trascurando, in così fare, considerazioni finalistiche o storiche, cioè trascurando di collegare il "significato" di una norma alla funzione cui la norma adempie ovvero alla cultura di cui la norma è espressione».

Si tratta, come si vede, di una caratterizzazione puramente *ex negativo*. In altre parole, non vi è altro modo di sapere che cosa sia il formalismo argomentativo se non chiarendo che cosa sia l'antiformalismo. Ebbene, concretamente, pare a me che le varianti più interessanti di antiformalismo siano le seguenti:

(a) l'uso di argomenti che fanno espresso riferimento ai valori o fini (etici, politici, etc.) dell'interprete e che hanno guidato la decisione interpretativa;

(b) l'uso di argomenti che fanno espresso riferimento alle prevedibili conseguenze (ad esempio, economiche) delle alternative interpretative. Quest'ultima altro non è che quell'argomentazione di tipo utilitaristico che è propagandata da taluni esponenti della scuola di *law and economics* (o analisi economica del diritto che dir si voglia)[9].

Da questo punto di vista, il formalismo argomentativo si riduce all'una o all'altra di queste due cose:

(a) l'uso di argomenti che tacciono od occultano i valori che hanno presieduto e condizionato la decisione interpretativa, e che pertanto rendono difficile discutere la decisione in termini di valore;

(b) l'uso di argomenti che tacciono o trascurano le prevedibili conseguenze di una decisione interpretativa, rendendo così difficile discutere una decisione in termini di *policies*.

4. Formalismo teorico

Di formalismo giuridico, infine, si parla in riferimento (non più ad atteggiamenti interpretativi e a tecniche argomentative, ma) a teorie dell'interpretazione. In particolare, si dice formalistica quella teoria

[9] In proposito cfr. P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto negli Stati uniti d'America. Studio di metagiurisprudenza analitica*, Dottorato in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Tesi, Milano, 1990; Id., *Analisi economica del diritto, formularismo, realismo*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1990; Id., *Origini e diffusione dell'analisi economica del diritto negli Stati Uniti: le indagini "positive" di Richard Posner*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1991; Id., *American Law and Economics: Implementing Constructive Realism*, in "Annali Giurisprudenza Genova", 23, 1989-90; Id., *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992 (in corso di stampa).

dell'interpretazione secondo la quale: (a) l'interpretazione è un'attività non di decisione, ma di conoscenza; (b) il discorso interpretativo è dunque un discorso descrittivo, tale cioè che dei suoi enunciati si può sensatamente predicare la verità e la falsità; (c) vi è, per ogni norma, una ed una sola interpretazione vera[10].

Naturalmente, oggi è assai raro trovare espressa in questa forma netta la teoria formalistica dell'interpretazione. Nondimeno, il formalismo teorico continua ad operare silenziosamente in tutti quei modi pensare che, ad esempio: (a) omettono di distinguere tra il testo normativo (la disposizione) e il suo contenuto di significato (la norma), quasi che ogni testo avesse un suo significato "proprio"; (b) raffigurano l'interpretazione come attività diretta ad "accertare" il significato dei testi normativi; (c) accreditano la vecchia dottrina secondo cui "in claris non fit interpretatio", sostenendo che un testo richiede interpretazione solo allorché il suo significato è dubbio o controverso; (d) sostengono che ogni questione di diritto ammette una, ed una sola, soluzione corretta (è l'idea di Ronald Dworkin[11]); e simili.

Questi ed altri sono modi di pensare ancora oggi largamente diffusi tra i giuristi teorici e pratici. Anche se adempiono ormai, io sospetto, ad una funzione meramente consolatoria, perché contribuiscono a raffigurare l'attività dei giuristi come un'attività scientifica e l'attività dei giudici come un'attività imparziale (non condizionata da valori).

Quel che più conta, la teoria formalistica dell'interpretazione, per quanto screditata, è tuttora a fondamento di alcuni importanti istituti vigenti, dei quali costituisce giustificazione: ad esempio, tutti i controlli di legittimità (dal controllo di cassazione fino al controllo di legittimità costituzionale); ad esempio, l'assenza di specifiche garanzie costituzionali dei diritti di libertà contro il potere giurisdizionale.

Per concludere, va detto che il formalismo teorico, benché concettualmente irrelato agli altri due tipi di formalismo, è tuttavia destinato a retroagire sulle preferenze dei giuristi circa le tecniche argomentative (allorché, s'intende, sia fatto proprio da giuristi). Un giurista formalista in sede teorica, fatalmente, sarà formalista anche in sede di argomentazione.

[10] La critica a questa teoria può leggersi in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit.; Id., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

[11] R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1985, spec. pp. 119 ss.

Il formalismo teorico tende a screditare gli argomenti consequenzialisti (utilitaristi, economicisti) e teleologici. Tende a screditare qualsiasi riferimento a valori che non siano riconducibili a principi di diritto positivo.

X.

'Dogmatica giuridica'

1. Molteplicità di usi dell'espressione 'dogmatica giuridica'

Nel comune linguaggio dei giuristi, la locuzione 'dogmatica giuridica' è soggetta ad usi incostanti ed equivoci[1].

Si può dire che essa sia, o sia stata, usata in non meno di tre

---

[1] Paradossalmente, la letteratura in argomento è, a un tempo, inesistente e sterminata. Il paradosso è facile a spiegarsi. Per un verso, non sono assai rari gli studi in cui il concetto stesso di 'dogmatica giuridica' sia esplicitamente tematizzato e problematizzato. Per un altro verso, l'espressione 'dogmatica giuridica' si trova usata in pressoché tutti gli studi, sia teorici sia storiografici, in tema di scienza giuridica, metodo giuridico, e interpretazione. Si vedano comunque: A. Giuliani, *Giuridica, dogmatica*, in *Enciclopedia filosofica*, Istituto per la collaborazione culturale, Venezia-Roma, 1957; M. Piacentini, *Dogma*, in *Novissimo digesto italiano*, VI, UTET, Torino, 1960; V. Piano Mortari, *Dogmatica giuridica. I. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964; E. Paresce, *Dogmatica giuridica. II*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964; L. De Ruggiero, *Dogmatica giuridica*, in C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980; M. Jori, *Empirismo e dogmatica giuridica*, in C. Faralli / E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, I, Giuffré, Milano, 1987 (par. 1); R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987; A. Aarnio, *Dogmatique juridique*, in A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988; M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988; L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989.

distinte accezioni[2].

(1) In un primo senso, tutt'affatto generico, 'dogmatica giuridica' denota lo studio dottrinale del diritto, o, se così si preferisce dire, la "scienza giuridica". In tal senso si distingue, ad esempio, tra dogmatica e teoria generale del diritto, tra dogmatica e prassi applicativa, etc.

(2) In un secondo senso, meno generico, 'dogmatica giuridica' denota non più la dottrina giuridica in quanto tale, ma piuttosto un particolare metodo, o stile, dottrinale. Lo stile dogmatico (o sistematico) si caratterizza per contrapposizione: da un lato al metodo esegetico (o analitico), dall'altro al metodo storico (e/o sociologico).

(3) In un terzo senso, più specifico (ma anche più raro, se non peregrino), 'dogmatica giuridica' denota né la dottrina in quanto tale, né un particolare stile dottrinale, bensì una parte, un sottosettore, della dottrina: quella parte della dottrina che è dedicata allo studio e/o alla elaborazione dei c.d. "dogmi giuridici". Talora 'dogmatica' è impiegato altresì, metonimicamente, per designare l'oggetto stesso di questa parte della dottrina: ossia, per l'appunto, l'insieme dei dogmi giuridici[3].

Le prime due accezioni meritano qualche approfondimento; la terza può tranquillamente essere trascurata come poco significativa.

[2] Si leggano ad esempio questi brani sparsi di due civilisti italiani del novecento. Scrive Francesco Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano. I. Dottrine generali*, Athenaeum, Roma, 1921: «Si notano antitesi tra la dommatica e la concreta applicazione del diritto» (p. 813). E poco oltre: Zachariae «applicò il metodo dommatico e sistematico alla scienza francese, e scrisse un Manuale di diritto francese, non più nell'ordine del Codice, ma in forma sistematica, con metodo rigoroso» (p. 185). E ancora: Saleilles «ha fatto conoscere i risultati più recenti della dommatica tedesca» (p. 186). Nel primo brano, il sostantivo 'dommatica' sembra designare la dottrina in genere, contrapposta alla prassi giurisprudenziale. Nel secondo brano, l'aggettivo 'dommatico' è usato quale predicato di un determinato stile dottrinale (quello sistematico), che Ferrara contrappone al metodo della scuola dell'esegesi: ciò suggerisce un uso del sostantivo per designare non la dottrina in genere, ma un tipo specifico di dottrina. Nel terzo brano, il sostantivo 'dommatica' apparentemente torna a designare la dottrina senza ulteriori specificazioni.
Scrive Francesco Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Giuffré, Milano, IX ed., 1957: tra i compiti della tecnica giuridica vi è la «ricerca dei princìpi generali dell'ordinamento giuridico (...) e di quelli che sono detti dogmi giuridici, ossia dei princìpi tecnici esplicativi dei singoli istituti giuridici, che di questi costituiscono - come si direbbe - la "quintessenza" e che, in certo aspetto, si identificano con i detti princìpi generali (c.d. dogmatica giuridica)» (p. 114). E più avanti: «Per quanto i due concetti possano scambiarsi, cosa diversa dalla dogmatica è la sistematica del diritto. Mentre nella dogmatica sono in gioco i princìpi, nella sistematica sono in gioco nessi e rapporti fra princìpi o - più spesso - fra istituti giuridici. (...) Alla tendenza sistematica (...) si contrappone (...) la scuola dell'esegesi» (p. 118). Evidentemente, qui, il termine 'dogmatica' si riferisce (non senza oscurità) ad una determinata parte del lavoro dottrinale: quello che consiste nello studio dei "dogmi" giuridici (la cui relazione con i princìpi resta peraltro enigmatica). Si osservi che, per caratterizzare lo stile dottrinale sistematico, Messineo parla appunto di "tendenza sistematica", laddove Ferrara parlava di metodo "dommatico e sistematico".
Già da queste poche citazioni emergono con chiarezza le oscillazioni nell'uso della locuzione 'dogmatica giuridica'.

2. La dogmatica in quanto studio dottrinale del diritto

La prima, generica, accezione di 'dogmatica giuridica' è oggi quella di gran lunga più diffusa. In tale accezione, si è detto, 'dogmatica giuridica' denota nulla più che la "scienza giuridica" per eccellenza, ossia lo studio dottrinale del diritto[4]. Ma la dogmatica giuridica, in questo senso, è ovviamente una, ed una soltanto, delle svariate discipline che studiano il diritto (storiografia giuridica, sociologia

[3] Per completare l'inventario, occorre aggiungere che taluni occasionalmente distinguono tra "alta dogmatica" (intesa come «la parte della descrizione del diritto che elabora i concetti sistematici di più ampia portata e di maggiore complessità») e "bassa dogmatica" (la quale «si limita a cercare di interpretare le norme giuridiche a un minor livello di astrazione»): «la prima sarebbe affidata agli studiosi di professione (cioè universitari), la seconda sarebbe esercitata da giudici e giuristi nell'esercizio delle operazioni giuridiche concrete». Così M. Jori, in M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 113. Cfr. altresì U. Scarpelli, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983. Tale distinzione palesemente riecheggia quella di Jhering tra giurisprudenza "inferiore" e "superiore".

[4] «La dogmatica giuridica è lo studio del diritto (del diritto positivo) condotto con un metodo assai particolare: esso considera le norme giuridiche come proprio oggetto privilegiato e irrinunciabile, cioè considera appunto le norme giuridiche nello stesso modo in cui una teologia confessionale considera i dogmi della propria religione; inoltre, come i dogmi per la teologia, le norme giuridiche per la dogmatica sono anche il punto di partenza e di arrivo per la elaborazione dei propri concetti descrittivi, descrittivi di norme e qualificazioni normative di fatti»: così M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 113.

giuridica, teoria generale del diritto, etc.); o, se si vuole, è uno, ed uno soltanto, dei diversi modi di accostarsi al diritto. Talché non sembra opportuno parlare di "scienza giuridica", al singolare; meglio sarebbe parlare di "scienze giuridiche", al plurale.

Quel modo di esprimersi, diffusissimo, che identifica *sic et simpliciter* la dogmatica con "la" scienza giuridica *tout court* presuppone una particolare, discutibile, concezione sia del diritto, sia della scienza giuridica. Alludo a quella concezione, cui conviene il nome di 'normativismo', secondo la quale: (a) il diritto è non un insieme di fatti sociali (ad esempio: l'insieme degli atti legislativi e delle prassi giurisdizionali e amministrative), ma un insieme di norme; talché (b) oggetto di scienza giuridica devono essere non i fatti, ma le norme[5].

A sua volta, la concezione normativistica del diritto si sposa generalmente ad una dottrina formalistica dell'interpretazione: la dottrina, cioè, secondo cui l'interpretazione è conoscenza, non produzione, di norme; le "norme" non sono frutto o prodotto dell'interpretazione, ma suo oggetto precostituito.

Nell'ambito delle scienze giuridiche, la dogmatica mostra una peculiarità, che può essere efficacemente illustrata con una semplice analisi logica del discorso dottrinale.

E' osservazione ormai comune, nella meta-giurisprudenza contemporanea, che il nucleo centrale del discorso dottrinale è costituito da enunciati normativi. Sono enunciati normativi, ad esempio, i seguenti: "Se si verifica la fattispecie **f**, deve seguire la conseguenza giuridica **g**", "Tutti i soggetti **x** hanno l'obbligo di tenere il comportamento **y** nella circostanza **z**", "La norma **n** è inefficace", "La norma **n** non si applica al caso **c**", "L'atto amministrativo **a** è illegittimo", etc. Anzi, per la verità, le dottrine della "scienza giuridica" più diffuse e (a torto o ragione) più accreditate nella cultura giuridica del novecento sostengono non solo e non tanto che il discorso dottrinale di fatto consta di enunciati normativi, ma anche e soprattutto che proprio così deve essere, né mai potrebbe essere altrimenti: la "scienza giuridica" deve esprimersi in enunciati normativi, giacché gli enunciati fattuali (caratteristici delle scienze naturali) sono idonei a descrivere, appunto, fatti, e non norme.

Ora, gli enunciati normativi dei giuristi presentano un triplice carattere.

(a) In primo luogo, essi non differiscono, quanto a lessico e

[5] Sul normativismo, cfr. A.G. Conte, *Normativismo*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino, vol. XI, 1964.

struttura sintattica, dagli enunciati in funzione prescrittiva formulati dal legislatore (o, più in generale, contenuti nelle fonti del diritto) e/o dagli organi dell'applicazione. Anzi, spesso, gli enunciati dottrinali semplicemente iterano, ripetono, le disposizioni legislative.

(b) In secondo luogo, tuttavia, gli enunciati dottrinali - si ritiene - sono enunciati non prescrittivi, malgrado le apparenze, bensì descrittivi (si osservi: se così non fosse, il nome nobile di 'scienza' suonerebbe inappropriato per designare la dottrina giuridica).

(c) In terzo luogo, gli enunciati dei giuristi - si ritiene - sono enunciati descrittivi sì, ma descrittivi non di fatti, bensì di entità sui generis, distinte dai fatti: tali entità sono le "norme". S'intende che, secondo questo modo di vedere, le norme sono entità precostituite alle attività di interpretazione, concettualizzazione, e sistemazione compiute dalla dottrina: diversamente, non potrebbero costituirne l'oggetto.

E' evidente che una scienza giuridica cosiffatta non è di alcuna utilità per chi voglia, ad esempio, prevedere le decisioni future delle corti (ciò che appunto una giurisprudenza scientifica dovrebbe fare, secondo talune dottrine gius-realistiche). Una scienza giuridica cosiffatta ha come sua funzione tipica quella di precostituire argomentazioni in diritto, atte a persuadere un giudice o, più in generale, un organo dell'applicazione.

Una argomentazione in diritto, in questo senso, è tipicamente quel tipo di argomentazione che consiste nel fare appello a norme: non, ad esempio, a fini che il giudice dovrebbe perseguire, non alle prevedibili conseguenze della decisione, bensì a norme, che si assumono preesistenti, e che il giudice dovrebbe fedelmente applicare.

3. La dogmatica in quanto stile dottrinale

Nella seconda accezione, oggidì non più molto diffusa, 'dogmatica giuridica' designa, si è detto, un peculiare metodo o stile nello studio del diritto. E' da notare che questo modo di usare l'espressione 'dogmatica giuridica' va scomparendo dal linguaggio ordinario dei giuristi (fatte salve le opere storiografiche): non già perché stia scomparendo lo stile dottrinale designato, ma, al contrario, perché tale stile dottrinale, nato in seno alla cultura giuridica germanica del secolo scorso, si è ormai totalmente generalizzato, talché non è più percepito come uno stile peculiare.

Si dice dogmatico quello stile dottrinale che non si limita

all'esegesi, all'interpretazione, al commentario dei documenti normativi, ma predilige l'elaborazione del "sistema", ovvero quella che si è chiamata "costruzione giuridica". Si potrebbe dire, molto grossolanamente, che in questa accezione 'dogmatica giuridica' si riferisca indistintamente (e confusamente) ai metodi impiegati dalla scuola storica, dalla giurisprudenza dei concetti, e dalla pandettistica, in quanto contrapposti ai metodi propri della scuola dell'esegesi[6].

Del metodo dogmatico, sistematico, o costruttivo, si possono qui indicare, a titolo esemplificativo, alcuni tratti salienti.

In primo luogo, il metodo dogmatico si caratterizza per il fatto di limitarsi alla descrizione del diritto vigente, espungendo accuratamente da tale descrizione ogni elemento "meta-giuridico" (valutazioni etiche, considerazioni storiche, etc.).

In secondo luogo, il metodo dogmatico si caratterizza per il fatto di esporre il diritto in maniera "sistematica", cioè grosso modo: raggruppando le norme per "istituti", di ogni istituto formulando anzitutto i princìpî generali, e a questi facendo seguire, in modo quasi assiomatico, le norme particolari e di dettaglio.

Occorre notare, peraltro, che 'esposizione sistematica' significa, in ultima analisi, (poco più che) esposizione ordinata. Ma non è che il discorso legislativo sia, per sua natura, "disordinato": un metodo espositivo che si attenga all'ordine delle norme rintracciabile nei codici (o nelle leggi) non è, per ciò stesso, disordinato o asistematico. Questa banale osservazione serve a mettere in luce che la peculiarità del metodo dogmatico non sta nel dare un (qualsivoglia) ordine alla disciplina legislativa: sta piuttosto nel sovrapporre alla "sistematica" del legislatore una diversa "sistematica", elaborata dall'interprete.

---

[6] In questa medesima accezione, l'espressione in esame include nel suo designato quel metodo di esposizione del diritto vigente che, nella dottrina gius-pubblicistica, si è anche chiamato "metodo giuridico" senza ulteriori specificazioni. Alludo alla metodologia teorizzata, tra gli altri, da Laband, Jellinek, Orlando, etc. Il metodo in questione consiste «nella depurazione dell'indagine (...) da tutti gli elementi ritenuti estranei, e cioè gli elementi etici, psicologici, economici, etnologici, sociologici, politici, ideologici, (...) e da ogni considerazione moralistica, finalistica, utilitaria, ecc., ossia valorativa. Questi elementi e queste considerazioni, si dice, possono formare oggetto di altre ricerche, ma debbono rimanere fuori del cerchio della scienza del diritto, la quale, per svolgere un'indagine che possa dirsi scientifica, dovrebbe rivolgersi esclusivamente all'interpretazione e sistemazione del diritto nella sua positività»: così R. Orestano, *'Diritto'. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 388-389.

In terzo luogo, in sede di argomentazione dell'interpretazione, il metodo dogmatico si caratterizza per il fatto di privilegiare talune tecniche argomentative a scapito di altre. E' del metodo dogmatico, ad esempio, fare appello al "sistema del diritto", ai "dogmi" della coerenza e della completezza del diritto, ai "fini della legge" (astrattamente considerata). Sono invece screditati dal metodo dogmatico il senso comune delle parole, la concreta intenzione "del legislatore" (desumibile dai lavori preparatori), come pure tutti gli argomenti che fanno appello ai "fatti" (storici, sociologici, etc.), ai valori, agli orientamenti politici.

In quarto luogo, il metodo dogmatico si caratterizza per un alto grado di manipolazione dei documenti normativi allo scopo di completare e coerentizzare il diritto vigente.

XI.

Lacune del diritto

1. Nozione

Completezza e incompletezza sono proprietà dei sistemi normativi in genere e dei sistemi giuridici in specie. Si dice 'completo' un sistema giuridico privo di "lacune"[1].

Si può convenire che un sistema giuridico sia un insieme di

[1] Nella vastissima letteratura in tema di lacune, qui è sufficiente segnalare: C. A. Alchourrón / E. Bulygin, *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, 1971; C. A. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien-New York, 1971; C. A. Alchourrón / E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960; N. Bobbio, *Lacune del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Torino, 1963; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, II ed., Giappichelli, Torino, 1979; P. Comanducci / R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; E. Bulygin, *Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Mulino, Bologna, 1977; A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962; A. G. Conte, *Incalificación e indiferencia*, in "Diánoia", 9, 1963; A. G. Conte, *Décision, complétude, clôture*, in "Logique et analyse", 9, 1966; A. G. Conte, *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Giuffré, Milano, 1968; A. G. Conte, *Completezza*, in *Digesto*, IV ed., UTET, Torino, 1988; Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968; U. Scarpelli, *Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 17, 1963.

norme. Ora, una norma può essere concepita, alternativamente, o come un enunciato che qualifichi deonticamente un certo comportamento ("E' obbligatorio fare x", "E' vietato fare y", "E' permesso fare z", etc.), oppure come un enunciato sintatticamente condizionale che connetta una conseguenza giuridica ad una fattispecie, ossia ad una circostanza o ad una combinazione di circostanze ("Se si verifica la fattispecie f, allora segue la conseguenza giuridica g").

Adottando l'uno o l'altro concetto di norma, si può definire 'lacuna' nell'uno o nell'altro dei modi seguenti: (a) in un sistema giuridico vi è una lacuna allorché un dato comportamento non è deonticamente qualificato in alcun modo da alcuna norma giuridica di quel sistema; oppure (b) in un sistema giuridico vi è una lacuna allorché per una data fattispecie non è prevista alcuna conseguenza giuridica da alcuna norma appartenente al sistema.

Si può dunque dire 'completo': (a) un sistema giuridico nel cui ambito qualunque comportamento sia deonticamente qualificato da una norma; ovvero (b) un sistema giuridico nel cui ambito a qualunque fattispecie sia connessa una conseguenza giuridica.

Da un diverso punto di vista - dal punto di vista dell'applicazione del diritto - si dice talvolta 'completo' (c) un sistema giuridico nel cui ambito il giudice possa sempre trovare in una norma preesistente la soluzione di qualsiasi controversia a lui sottoposta, o, come dicono alcuni (ad esempio R. Dworkin), un sistema giuridico che contenga la "risposta giusta" (*right answer*) a qualunque questione di diritto.

A questo proposito si incontra talora nella letteratura teorico-generale una distinzione tra "il diritto" e "la legge": la legge, si dice, può ben essere incompleta, mentre il diritto è sempre completo. Questa tesi è suscettibile di diverse interpretazioni. In primo luogo, può essere intesa in senso giusnaturalistico: le lacune della legge possono essere colmate rivolgendosi al diritto naturale (di questo modo di vedere si trova traccia nell'art. 7 del codice civile austriaco, 1811). In secondo luogo, può essere intesa in senso realistico: poiché il diritto altro non è che l'insieme delle decisioni giurisdizionali, le lacune della legge possono essere (e di fatto sono) colmate per mezzo del diritto giurisprudenziale.

Allorché si discute della completezza o incompletezza del sistema giuridico, occorre chiarire preliminarmente di quale sistema giuridico si stia parlando. Giacché, in questo contesto, l'espressione 'sistema giuridico' può assumere due significati assai diversi.

Per un verso, 'sistema giuridico' può riferirsi a ciò che si suole chiamare un "ordinamento giuridico", ossia può riferirsi ad un sistema giuridico nazionale considerato nel suo complesso e in un momento dato della sua esistenza (ad esempio, il sistema giuridico italiano oggi).

Per un altro verso, la medesima espressione può riferirsi ad un insieme di norme più piccolo, ritagliato da un giurista nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico, allo scopo di trovare la disciplina giuridica di una certa "materia", ossia di un insieme dato di fattispecie (per esempio, la disciplina della compravendita di immobili, la disciplina della promulgazione della legge, etc.).

2. Il dogma della completezza

Tradizionalmente, il problema della completezza del diritto è affrontato *ex professo* da teorici e filosofi del diritto. E costoro lo affrontano dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, del sistema giuridico nel suo complesso. La tesi più accettata tra i teorici del diritto (e, del resto, tra i giuristi stessi), dopo la diffusione del "positivismo giuridico" in seno alla cultura giuridica europea del secolo XIX, è il dogma della completezza (o della "chiusura") del diritto, ossia la credenza che ogni ordinamento giuridico sia necessariamente completo.

Il dogma della completezza del diritto è strettamente legato, dal punto di vista storico, alla codificazione del diritto (specie del diritto civile) e, dal punto di vista ideologico, al liberalismo giuridico, cioè alla dottrina del moderno stato di diritto: più in particolare, ad una serie di principi generali (talora) costituzionali che lo caratterizzano, e sui quali conviene richiamare l'attenzione.

(a) In primo luogo, l'obbligo del giudice di decidere qualunque controversia a lui sottoposta. Recita l'art. 4 del Code Napoléon (1804): «Le juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Nel nostro ordinamento, il medesimo principio può, secondo alcuni, ritenersi implicito nel combinato disposto degli artt. 55 cod. proc. civ. (che prevede la responsabilità civile del giudice il quale, «senza giusto motivo, rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero») e 328 cod. pen. (che punisce l'omissione o il rifiuto di atti di ufficio). Se il diritto non fosse completo, fatalmente vi sarebbero controversie indecidibili, e pertanto il

giudice non potrebbe adempiere il suo obbligo di giudicare sempre e comunque.

(b) In secondo luogo, il principio di legalità della giurisdizione, che obbliga il giudice a motivare ogni sua decisione, e più precisamente a fondarla sopra una norma giuridica preesistente. Se il diritto fosse incompleto, vi sarebbero controversie non decidibili sulla base di norme già date. Tali controversie richiederebbero la creazione di una norma nuova da parte del giudice (come prevede l'art. 1 del codice civile svizzero, 1907).

(c) In terzo luogo, il principio della separazione dei poteri, che esclude la giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto. La creazione del diritto è monopolio degli organi legislativi (in genere: assemblee rappresentative), mentre i giudici (organi burocratici, in genere scelti per concorso) non sono autorizzati a creare diritto: hanno anzi l'obbligo di limitarsi ad applicare il diritto che trovano già fatto ad opera del legislatore. Se il diritto fosse incompleto, i giudici avrebbero l'occasione e la possibilità di completarlo creando norme nuove *ad hoc* per risolvere alcune delle controversie loro sottoposte.

Occorre sottolineare che il principio della separazione dei poteri presuppone, evidentemente, una distinzione concettuale tra creazione ed applicazione del diritto. Quest'ultima, in particolare, è concepita come un'attività che richiede esclusivamente la conoscenza di norme preesistenti, e non comporta la creazione (mediante interpretazione) di norme nuove. In altri termini, la separazione dei poteri presuppone che l'interpretazione, e perciò anche l'applicazione, del diritto siano attività non già normative, ma semplicemente conoscitive: questo modo di vedere non distingue tra il testo normativo (la fonte, le disposizioni) e il suo contenuto di significato (la norma vera e propria).

La completezza dell'ordinamento, inoltre, garantisce la cosiddetta "certezza del diritto" (in uno dei sensi di questa espressione), ossia la possibilità di prevedere le decisioni giurisdizionali, e dunque di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. D'altro canto, essendo la creazione giurisprudenziale di diritto necessariamente una sorta di legislazione *ex post facto*, la completezza dell'ordinamento garantisce altresì la non retroattività del diritto.

3. Dottrine della completezza

Il dogma della completezza del diritto (inteso come sistema giuridico complessivo) è stato sostenuto con una varietà di argomenti.

(a) Una prima dottrina, che è anche la più diffusa, fonda il dogma della completezza sull'argomento della "norma generale negativa" (o "esclusiva"). Secondo questa dottrina, ogni ordinamento giuridico include una norma generale (per lo più implicita) di contenuto negativo: «Tutto ciò che non è vietato è permesso». Una norma siffatta ha ovviamente l'effetto di "chiudere" l'ordinamento: ogni comportamento necessariamente ricade o sotto il dominio di una norma particolare che lo vieta, o sotto il dominio della norma generale negativa che lo permette. Questa dottrina si risolve in una politica *de sententia ferenda*, in una raccomandazione, rivolta ai giudici, di impiegare sistematicamente l'*argumentum a contrario*, e perciò di respingere la domanda dell'attore ogniqualvolta questa non sia fondata su una norma specifica che imponga un obbligo al convenuto.

Secondo alcuni, la norma generale negativa non è altro che un principio logico, e pertanto una verità necessaria, giacché 'vietato' e 'permesso' sono concetti interdefinibili: 'permesso' significa per l'appunto 'non vietato', e quindi è innegabile che tutto ciò che è non-vietato sia permesso. Questo modo di vedere, tuttavia, non distingue tra due significati del termine 'permesso'. (a) In senso forte, una condotta si dice "permessa" allorché esiste una norma giuridica che, appunto, la qualifica permessa. (b) In senso debole, una condotta si dice "permessa" allorché non esiste alcuna norma giuridica che la qualifichi come vietata. Dunque, nel senso forte della parola, il "permesso" è il contenuto di una norma giuridica, mentre, nel senso debole, il "permesso" allude piuttosto all'assenza di una norma. Ne segue che una condotta non-vietata è "permessa" solo in senso debole, e ciò significa precisamente che vi è una lacuna (manca una regola che qualifichi vietata quella condotta).

Per conseguenza, la cosiddetta norma generale negativa non è affatto una verità necessaria, ma più semplicemente un principio giuridico contingente, eventuale, insomma un principio che è positivamente stabilito solo in alcuni ordinamenti giuridici (ad esempio, l'art. 5 della Déclaration des droits de l'homme et du citoyen del 26 agosto 1789, tuttora vigente in Francia, stabilisce: «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas») e/o solo in alcuni settori del diritto, mentre non vale in altri ordinamenti e/o in altri settori.

In generale, si può dire che un tale principio valga solo negli ordinamenti giuridici liberali e solo nell'ambito del diritto penale ("nullum crimen, nulla poena, sine lege"). Per esempio, gli articoli 7 et 8 della Déclaration des droits de l'homme et du citoyen stabili-

scono che «nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi» e che «nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi». Nel nostro ordinamento, l'art. 25, II comma, cost. stabilisce tra l'altro che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge», e l'art. 1 cod. pen. dispone che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Per contro, nell'ambito del diritto civile (e comunque al di fuori degli stati liberali), la maggior parte degli ordinamenti giuridici include piuttosto il principio, per così dire, opposto alla norma generale negativa, ossia il principio che autorizza il giudice ad estendere le norme giuridiche particolari mediante analogia (*argumentum a simili*).

(b) Una seconda dottrina (in realtà, nulla più che una variante della dottrina precedente) fonda il dogma della completezza sull'argomento cosiddetto dello "spazio giuridico vuoto" o, meglio, dello "spazio vuoto di diritto" (*Rechtsleerer Raum*). Secondo questa dottrina, ogni condotta che non sia giuridicamente qualificata è, molto semplicemente, giuridicamente indifferente. Le norme giuridiche qualificano deonticamente uno "spazio" determinato (ossia un'area, un insieme, di comportamenti); all'interno di questo spazio "pieno" di diritto, evidentemente, non vi sono lacune. Ma anche al di là di questo spazio non vi sono lacune del diritto per la buona ragione che non vi è neppure diritto. Al di là dell'area dei comportamenti positivamente disciplinati non resta che uno spazio "vuoto" di diritto, "deonticamente neutro" (così si esprime A. G. Conte): insomma, un insieme di comportamenti che sono, per il diritto, irrilevanti, che il diritto non prende affatto in considerazione. Come si vede, questa dottrina non "risolve" il problema della completezza, ma - si può dire - piuttosto lo "dissolve".

(c) Una terza dottrina fonda il dogma della completezza sull'obbligo dei giudici di decidere qualunque controversia e di deciderla sulla base del solo diritto esistente. Evidentemente, se il diritto non fosse completo, questo obbligo non potrebbe essere adempiuto. Nondimeno, il principio in questione non può funzionare come norma di chiusura dell'ordinamento giuridico, giacché, in presenza di una lacuna, il giudice non ha alcun obbligo specifico di decidere la controversia in un modo piuttosto che in un altro (egli può indifferentemente sia accogliere, sia respingere la domanda dell'attore). In tale circostanza il giudice ha solo l'obbligo generico di decidere, ma può decidere in un modo qualsiasi (l'assenza di una norma che imponga

un obbligo al convenuto non costituisce di per sé ragione sufficiente per respingere la domanda). Pertanto, il giudice può decidere la controversia solo modificando il diritto esistente, e precisamente aggiungendo ad esso una norma nuova. In ogni modo, occorre sottolineare che il divieto di "denegare giustizia" non è un principio di "logica giuridica" né alcunché del genere: si tratta solo di una norma giuridica positiva contingente (che può valere o non valere nei diversi ordinamenti).

(d) Una quarta dottrina, infine, difende il dogma della completezza sostenendo che l'ordinamento giuridico non è un sistema di norme "compiuto", finito una volta per tutte, ma è invece un sistema capace di una espansione illimitata (essenzialmente per mezzo dell'analogia: sia della cosiddetta *analogia legis*, sia della cosiddetta *analogia juris*). Il giudice può sempre trovare una (ed una sola) "risposta giusta" o "corretta" alla questione di diritto che è a lui sottoposta facendo ricorso ai "princìpi generali del diritto". In altri termini, un caso dubbio o difficile (un *hard case*, come si suol dire nella letteratura anglosassone), cioè un caso che non può essere risolto sulla base di una norma giuridica particolare, può tuttavia essere risolto a partire dai princìpi generali. Tali princìpi non sono esplicitamente formulati in alcuna fonte del diritto, ma sono impliciti, latenti, nell'ordinamento giuridico complessivo, poiché costituiscono i valori che danno fondamento etico e/o politico alle diverse norme particolari espressamente promulgate[2].

Si deve osservare, anzitutto, che questa tesi non è idonea a fondare la completezza dell'ordinamento giuridico. In realtà, essa ammette l'incompletezza del diritto (o almeno: l'incompletezza della legge), affermando al tempo stesso che il diritto è, nondimeno, sempre completabile da parte dei giudici per mezzo dell'interpretazione (di una interpretazione creatrice, o integratrice).

La tesi in questione, inoltre, suppone tacitamente che gli ordinamenti giuridici siano delle totalità coerenti, che tutte le norme particolari di un ordinamento siano fondate sopra una dottrina etico-politica univoca e immutabile. Infatti, se il diritto non fosse coerente, sarebbe perfettamente possibile elaborare, a partire dalle norme esistenti, una pluralità di principi tra loro incompatibili, e da questi poi ricavare soluzioni diverse per una medesima controversia. Questa

[2] Nella letteratura recente questa tesi è stata difesa da R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978; Id., *A Matter of Principle*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1985.

dottrina dunque trascura il fatto che ogni ordinamento giuridico è il risultato di una molteplicità di dottrine e di orientamenti politici tutt'affatto diversi e confliggenti.

4. Il problema della completezza a livello di micro-sistema

In conclusione, il dogma della completezza non sembra fondato: almeno se si guarda all'ordinamento giuridico nel suo complesso. D'altra parte, i giuristi, nel loro lavoro quotidiano, non sono mai seriamente interessati all'ordinamento giuridico tutto intero: abitualmente, essi sono piuttosto occupati ad analizzare dei sistemi giuridici assai più ristretti, come ad esempio l'insieme delle norme che disciplinano una certa "materia", una serie determinata di fattispecie. Da questo punto di vista, il problema della completezza del sistema giuridico attiene non già alla relazione tra la totalità delle norme esistenti e la totalità delle fattispecie, o delle azioni umane, possibili, ma più semplicemente alla relazione tra un piccolo numero di norme (un micro-sistema) e un piccolo numero di azioni o fattispecie.

La completezza o incompletezza di un micro-sistema normativo dipende da tre variabili: (a) la controversia di cui si cerca la soluzione e le circostanze che si valutano rilevanti per identificare la fattispecie; (b) le fonti del diritto (i documenti normativi) che si prendono in considerazione; (c) le norme che si ricavano da tali fonti mediante interpretazione, ossia decidendo il loro contenuto di significato. Dunque, completezza e incompletezza dipendono, in ultima analisi, dalle valutazioni, dalle scelte, e dalle decisioni dell'interprete.

In generale, si può dire che un micro-sistema normativo risulterà incompleto ogniqualvolta si prenda in considerazione una circostanza che non è stata giudicata rilevante dal legislatore (inteso in senso lato come qualsiasi organo investito di competenze normative). In presenza di una lacuna, il micro-sistema può essere completato in diverse maniere. (a) In primo luogo, allargando la base di documenti normativi su cui si lavora: può accadere che fonti diverse da quelle inizialmente prese in considerazione forniscano la norma che si sta cercando. (b) In secondo luogo, mutando l'interpretazione dei documenti normativi utilizzati, re-interpretandoli, così da trarre da essi anche la norma atta a fornire la soluzione del caso in questione. (c) In terzo luogo, elaborando una norma nuova (ad esempio, mediante analogia) e aggiungendola al sistema.

XII.

Principî di diritto

1. Nozione

Nell'uso comune l'espressione 'principî di (del) diritto' ha un significato sfuggente. Anzitutto, i principî «non costituiscono affatto una categoria semplice ed unitaria: anzi con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse»[1]. Inoltre, nel linguaggio comune dei giuristi (fatto proprio altresì dal legislatore: si veda, ad esempio, l'art. 117, I c., cost.), si usa caratterizzare i principî in contrapposizione alle norme; tuttavia, non pare possibile tracciare una precisa linea di demarcazione tra questi e quelle[2].

---

[1] N. Bobbio, *Principî generali del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, UTET, Torino, 1966, pp. 893-894. Cfr. altresì G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Estratto dai lavori della ricerca sulla "Argomentazione giuridica" patrocinata dal C.N.R., Torino, 1970, pp. 3-29; R. Guastini, *Sui principî di diritto*, in "Diritto e società", nuova serie, n. 4, 1986, pp. 601-624.

[2] In generale, in tema di principî, ho tenuto presenti: G.R. Carrió, *Principî di diritto e positivismo giuridico* (1970) ora in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980; A. Peczenik, *Principles of Law. The Search for Legal Theory*, in "Rechtstheorie", 2, 1971; R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, Zanichelli, Bologna, 1974 (pp. 281 ss.); A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1977 (cap. IV); R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978 (spec. cap. II); A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. Rescigno (ed.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, UTET, Torino,1982 (pp. 226 ss.); M. Jori, *I principî nel diritto italiano*, in "Sociologia

In un senso, è ovvio che anche i principî siano norme, ossia enunciati del discorso prescrittivo, rivolti alla guida del comportamento (in talune circostanze la tesi contraria è stata sostenuta al solo scopo di negare che certi principî espressi avessero valore vincolante per gli organi dell'applicazione). Tuttavia, i principî costituiscono, nel genere delle norme giuridiche, una specie particolare, i cui tratti caratteristici non è facile individuare con precisione: non è affatto chiaro, in altre parole, quali proprietà una norma debba avere per meritare il nome di 'principio'. Grosso modo, si può dire quanto segue:

(1) In generale, i principî si caratterizzano rispetto alle (altre) norme per il posto che occupano nell'ordinamento giuridico complessivo e/o in qualche suo specifico settore (ad esempio, il diritto civile, il diritto amministrativo, etc.). «I principî sono quelle norme che vengono considerate dal legislatore, dalla dottrina, e/o dalla giurisprudenza come il *fondamento* (in uno dei possibili sensi del termine [...]) di un insieme di altre norme»[3]. Insomma, sono principî quelle norme che, agli occhi di parla, rivestono una speciale "importanza", ovvero appaiono come norme "caratterizzanti" dell'ordinamento o di una sua parte. Per questa ragione e in questo senso si usa accompagnare il sostantivo 'principio' con l'aggettivo 'fondamentale' (si veda ad esempio l'art. 117, I c., cost.). Si pensi, per esempio: in diritto costituzionale, al principio della separazione dei poteri; in diritto civile, al principio dell'autonomia privata; in diritto amministrativo, al principio del giusto procedimento.

Palesemente, «questa definizione fa dipendere la natura di principio di certe norme dalle mutevoli valutazioni del legislatore, della giurisprudenza, e della dottrina»[4]. Dunque, la questione se una norma abbia o non abbia valore di "principio" non è una questione di fatto, e la risposta è sempre opinabile.

---

del diritto", 10, 1983; S. Bartole, *Principî generali del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffré, Milano,1986; F. Sorrentino, *I principî generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Diritto e società", 1987, n. 2; A. Pizzorusso, *I princîpi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, Relazione letta all'Accademia dei Lincei, maggio 1991 (in corso di stampa). Per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. R. Guastini, *Sui princîpi di diritto*, cit.

[3] C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffré, Milano, 1990, p. 262.

[4] C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 262.

Si osservi: si può dire che una norma costituisca "fondamento" di altre norme - e sia perciò un "principio" - in molteplici sensi diversi: di questi, almeno tre meritano di essere annotati.

(a) In un primo senso, una norma N_1 è fondamento di un'altra norma N_2, allorché N_1 è più generale di N_2, talché N_2 può essere logicamente dedotta da N_1 (come suol dirsi: la norma N_2 costituisce "espressione", "specificazione", o "applicazione" del principio N_1).

(b) In un secondo senso, una norma N_1 è fondamento di un'altra norma N_2, allorché N_2 costituisce "attuazione" di N_1; ciò accade quando N_1 è una norma teleologica, ossia una norma che prescrive un fine, ed N_2 è un mezzo per il conseguimento di quel fine.

(c) In un terzo senso, una norma N_1 è fondamento di un'altra norma N_2, allorché N_1 è una norma di competenza, ed N_2 promana dall'autorità istituita da N_1. In questo caso, tuttavia, il termine 'principio' in riferimento ad N_1 non suonerebbe appropriato.

(2) Secondo un modo di vedere molto diffuso, i principî si caratterizzano rispetto alle (altre) norme anche dal punto di vista della loro formulazione linguistica: le norme sarebbero enunciati di significato (relativamente) preciso; i principî, per contro, sarebbero enunciati dotati di un significato (altamente) elastico e/o indeterminato. Le norme - si dice - «sono applicabili nella forma del tutto-o-niente»; se si danno le circostanze previste da una norma, allora la conseguenza giuridica stabilita segue «automaticamente»; i principî, dal canto loro, «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si danno le condizioni previste»; cosicché l'applicazione di un principio involge sempre un elevato grado di discrezionalità[5].

Questo modo di pensare, per la verità, sembra fondarsi sull'assunzione fallace che l'applicazione delle norme non dia luogo a dubbi o difficoltà, né comporti scelte discrezionali, quasi che le norme avessero (sempre o quasi sempre) un campo di applicazione chiaro e ben delimitato, senza margini di incertezza. Si deve obiettare che, al contrario, anche le norme (tutte le norme) soffrono, non meno dei principî, di un certo grado di vaghezza, e che pertanto anche l'applicazione di norme è, nella maggior parte dei casi, discrezionale e controvertibile. Insomma, l'indeterminatezza o elasticità di formulazione non pare un criterio efficace per distinguere con nettezza le norme dai principî, per la buona ragione che è una proprietà largamente comune alle une e agli altri: la differenza, se mai, è questione di grado.

Nondimeno, si può convenire che i principî siano, solitamente,

---

[5] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.

norme assai vaghe. Come è stato osservato, essi non si prestano «a una precisa formulazione precettiva, in quanto affermano orientamenti e ideali di politica legislativa»[6]. La vaghezza dei principî, peraltro, può dipendere da due diverse circostanze (ora dall'una, ora dall'altra, ora da entrambe).

(a) Talvolta, un principio è vago perché (nel senso che) non ha un preciso campo di applicazione. Così, ad esempio, il principio di tutela dell'affidamento è certo più vago della norma secondo cui «il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrarre» (art. 1425, I c., cod. civ.).

(b) Talaltra, un principio è vago perché ha un contenuto teleologico o programmatico: non prescrive una condotta determinata, ma esprime solennemente un valore, o raccomanda il perseguimento di un fine, o la realizzazione di un programma, senza tuttavia stabilire i mezzi che devono essere impiegati (i comportamenti che devono essere tenuti) per conseguire quel fine.

Supponiamo che un dato principio raccomandi di perseguire il fine F, e che F possa essere attuato alternativamente impiegando il mezzo M_1 o il mezzo M_2. Ebbene, il principio in questione è elastico nel senso che consente di scegliere tra M_1 ed M_2. senza prescrivere né l'uno né l'altro. Due esempi paradigmatici: «[La Repubblica] protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù» (art. 31, II c., cost.); «La Repubblica tutela la salute» (art. 32, I c., cost.). Principî siffatti hanno un contenuto normativo indeterminato non solo nel senso che la loro formulazione è (fatalmente) vaga, ma anche nel senso che le finalità da essi raccomandate possono essere perseguite con una molteplicità di mezzi alternativi. E in tal senso l'attuazione (o applicazione) di tali principî involge un alto grado di discrezionalità.

(3) Secondo un modo di vedere anch'esso largamente diffuso, i principî si caratterizzano rispetto alle (altre) norme, tra l'altro, in virtù della loro generalità. Non per nulla si usa accostare al sostantivo 'principio' l'aggettivo 'generale' (si vedano ad esempio: l'art. 12, II c., disp. prel. cod. civ.; l'art. 4 legge cost. 1/1963, Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia). Tuttavia, vale anche per la generalità quanto si è detto, al punto precedente, per la vaghezza. Da un lato, anche la generalità, non diversamente dalla vaghezza, è cosa graduabile. Dall'altro, anche la generalità, non meno della vaghezza, è una proprietà comune sia alle norme, sia ai

[6] E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffré, Milano, 1949, cap. XIII.

principî.

Il termine 'generale' esprime, ovviamente, un concetto di relazione: così la norma dell'art. 1372, I c., cod. civ. («Il contratto ha forza di legge tra le parti») è più generale rispetto alle norme che disciplinano i singoli contratti nominati; la norma dell'art. 1176, I c., cod. civ. («Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia») è più generale rispetto alle norme che disciplinano le diverse specie di obbligazioni (da contratto, da fatto illecito, etc.); il principio di tutela dell'affidamento è più generale rispetto alla norma che dispone in certe circostanze la inopponibilità della simulazione ai creditori in buona fede (art. 1416, I c., cod. civ.); e così avanti.

Gli stessi principî del diritto possono essere più o meno generali. Ha un basso grado di generalità il principio che costituisce la *ratio* di una singola norma. Hanno un alto grado di generalità quei principî che abbracciano un intero settore della disciplina giuridica (ad esempio, il principio di stretta interpretazione in diritto penale). Hanno un altissimo grado di generalità i principî che informano di sé l'intero ordinamento (ad esempio, il principio di certezza del diritto)[7].

2. Principî espressi e inespressi

Per comune opinione della dottrina, della giurisprudenza, e (come vedremo) dello stesso legislatore, l'ordinamento giuridico include due specie di principî: quelli espressi e quelli inespressi o im-

[7] Scriveva ad es. N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1910, pp. 89-90 «tra gli stessi principî generali della nostra legislazione è da riconoscere una specie di gerarchia, giacché non tutti sono egualmente generali». Coviello distingueva tra principî: (a) di un singolo istituto giuridico; (b) di più istituti giuridici affini; (c) di sottosettori del diritto (nel senso in cui il civile ed il commerciale sono sottosettori del privato); (d) di settori del diritto (il privato, il pubblico); e finalmente (e) dell'intero diritto positivo. Secondo A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed. (rist.), Jovene, Napoli, p. 70, in caso di lacune nelle leggi amministrative, si deve ricorrere ai principî generali della materia (ad esempio: la materia della circolazione); se anche tali principî non soccorrono, si deve risalire ai princìpi generali del diritto amministrativo; e se anche questi non sono sufficienti si deve fare ricorso ai principî generali del diritto comune (a seconda dei casi: del diritto comune privato, o processuale, o altro).

pliciti.

(1) Sono principî espressi quelli esplicitamente formulati in una apposita disposizione costituzionale o legislativa. Ad esempio, possono considerarsi principî espressi: il principio di eguaglianza (art. 3, I c., cost.); il principio di irretroattività della legge penale (art. 25, II c., cost.); il principio "neminem laedere" (art. 2043 cod. civ.); il principio cosiddetto di stretta interpretazione della legge penale (art. 1 cod. pen. e art. 14 disp. prel. cod. civ.); il principio di legalità nella giurisdizione (art. 101, II c., cost.); e via enumerando.

Peraltro, come si è detto, la questione se una data disposizione esprima un "principio" o invece una semplice "norma" non è questione di fatto: la risposta, in un senso o nell'altro, è comunque frutto di una valutazione (comunemente, di una valutazione dell'interprete), come tale né vera né falsa. Può accadere - frequentemente accade - che una valutazione sia generalmente condivisa, e quindi sia sentita come ovvia: ma ciò non le toglie il carattere di valutazione, e non la rende vera. D'altro canto, come ora vedremo, si incontrano spesso, nelle fonti del diritto, disposizioni che si auto-qualificano come principî: tali disposizioni hanno valore di principio in virtù di una valutazione non dell'interprete, ma dello stesso legislatore.

Si può osservare che, ogniqualvolta due norme (espresse) intrattengano tra di loro un rapporto da regola ad eccezione, gli interpreti sono inclini a considerare "principio" la norma che si presenta come regola (ossia la norma più generale). Paradossalmente, il fatto che una regola subisca delle eccezioni è considerato indizio della sua natura di "principio".

(2) Sono principî inespressi, per contro, quelli «privi di disposizione»[8], ossia non esplicitamente formulati in alcuna disposizione costituzionale o legislativa, ma elaborati o "costruiti" dagli interpreti. S'intende che gli interpreti, allorché formulano un principio inespresso, non si atteggiano a legislatori, ma assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti. Ad esempio, sono principî inespressi: il principio di tutela dell'affidamento, il principio dispositivo nel processo civile, il principio di conservazione dei documenti normativi, il principio della separazione dei poteri, il principio di legalità nell'amministrazione, i cosiddetti principî dell'ordine pubblico, il principio cosiddetto del "favor" in diritto del lavoro, e via enumerando

[8] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., CEDAM, Padova, 1984.

I principî inespressi sono frutto di integrazione del diritto ad opera degli operatori giuridici. Essi sono desunti dagli interpreti: ora da singole norme, ora da insiemi più o meno vasti di norme, ora dall'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Si desume un principio da una singola norma ogniqualvolta si ipotizza una *ratio*, cioè uno scopo che la norma è diretta a perseguire, o un valore da cui la norma è giustificata. (L'individuazione della *ratio* di una norma, tra l'altro, costituisce un passaggio indispensabile in vista della eventuale applicazione analogica della norma stessa.) Ma sono principî elaborati a partire da una singola norma anche, ad esempio, il principio cosiddetto di "ragionevolezza" (che la Corte costituzionale desume dall'art. 3, I c., cost.) e il principio di libertà delle forme negoziali (che la dottrina prevalente ricava dall'art. 1325 cod. civ.).

Sono desunti da una molteplicità di norme, ad esempio, il principio di tutela dell'affidamento e il principio dispositivo nel processo civile. L'uno è ricavato dalle disposizioni sull'errore quale causa di annullamento del contratto (art. 1428 cod. civ.), dalle disposizioni sugli effetti della simulazione rispetto ai terzi ed ai creditori (artt. 1415 e 1416 cod. civ.), dalle disposizioni che limitano la opponibilità a terzi della modificazione o revoca della procura (art. 1396 cod. civ.), etc. L'altro è ricavato dagli artt. 2907, I c., e 2697 cod. civ., dagli artt. 99 e seguenti cod. proc. civ., dalla disciplina della transazione (artt. 1965 e seguenti cod. civ.), etc.

Sono principî impliciti nell'ordinamento giuridico complessivo, secondo alcuni, ad esempio, la cosiddetta "norma generale esclusiva", il principio di certezza del diritto, il principio di conservazione dei documenti normativi.

Secondo un modo di vedere risalente e ormai consolidato, i principî impliciti sarebbero costruiti dagli interpreti per via di "induzione" (astrazione, generalizzazione, universalizzazione) a partire da norme particolari. Questo tipo di procedimento è il medesimo che si adotta, tipicamente nei sistemi di *common law* (ma non solo in essi), per risalire da una specifica pronunzia giurisdizionale alla sua *ratio decidendi*. Un principio (implicito) sarebbe dunque una norma generale dalla quale molte norme particolari (esplicite) potrebbero essere dedotte. Conviene osservare, per inciso, che il procedimento intellettuale che va sotto il nome di induzione non è un procedimento logico, e pertanto mette capo a risultati fatalmente discutibili: da una norma che vieti il maltrattamento di polli si può risalire indif-

ferentemente all'uno o all'altro di questi principî: è vietato maltrattare gli animali da cortile; è vietato maltrattare i pennuti; è vietato maltrattare gli animali in genere; è vietato maltrattare gli esseri viventi.

Tuttavia, non è facile trovare esempî di principî elaborati in questo modo. Nella maggior parte dei casi, costruire un principio consiste semplicemente nell'avanzare una congettura intorno alle ragioni (agli scopi, alle intenzioni, ai valori) del legislatore. E' ciò che si fa ogniqualvolta si desume da una norma (o da un complesso di norme) la sua *ratio*.

Siffatte congetture intorno alle ragioni del legislatore sono ovviamente opinabili. E' raro che una norma risponda ad uno scopo univoco e ben definito. Ogni risultato che una norma (se osservata e/o applicata) è idonea a produrre può essere assunto a ragion d'essere di quella norma. Se una data norma è idonea a produrre congiuntamente due risultati distinti, R_1 ed R_2, si può sostenere che *ratio* della norma sia, indifferentemente, la realizzazione di R_1 come pure la realizzazione di R_2.

Ad esempio, la norma (costituzionale) che richiede la controfirma ministeriale quale condizione di validità di tutti gli atti presidenziali può essere ricondotta indifferentemente ad almeno due scopi distinti: affrancare il capo dello stato da ogni responsabilità politica, oppure garantire un controllo governativo sugli atti del Presidente. La norma (o, se si vuole, il principio) che statuisce l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 109 cost.) può essere giustificato: sia con il (più generale) principio di eguaglianza di fronte alla legge (art. 3, I c., cost.); sia con lo scopo di perseguire tutti i reati, indipendentemente da ogni considerazione di utilità; sia con lo scopo di garantire la neutralità politica del pubblico ministero. L'art. 11 disp. prel. cod. civ. (che esprime a sua volta un principio: il principio generale di irretroattività della legge) può essere ricondotto, indifferentemente a tre scopi differenti: garantire la stabilità dei rapporti esauriti, assicurare la tutela dei cosiddetti diritti quesiti, garantire la prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni. E via esemplificando.

3. I principî nel linguaggio delle fonti

Il linguaggio legislativo e, ancor più, costituzionale è affollato di disposizioni che esprimono principî. La questione se una data disposizione esprima un principio (e non invece una semplice "norma"), come si è detto già nel delineare la nozione di principio, non è questione di fatto, ma è questione che può solo essere decisa da una valutazione: normalmente, da una valutazione dell'interprete.

Tuttavia, accade di trovare, nel discorso delle fonti, disposizioni che esplicitamente si auto-qualificano come "principî" (o "norme di principio", o "disposizioni di principio") in virtù di una valutazione non dell'interprete, ma del legislatore stesso[9]. L'esempio più ovvio è costituito dagli articoli da 1 a 11 della costituzione, che per l'appunto si auto-denominano "Principî fondamentali". Ma gli esempi si potrebbero agevolmente moltiplicare: la legge 382/1978 si intitola "Norme di principio sulla disciplina militare"; la legge 335/1979 si intitola "Principî fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni"; l'art. 1 della legge 833/ 1978 ("Istituzione del servizio sanitario nazionale") porta in rubrica "I principî"; l'art. 22 della legge 93/1983 ("Legge-quadro sul pubblico impiego") porta in rubrica "Principî in tema di responsabilità, procedure, e sanzioni disciplinari"; e così via.

Nel discorso delle fonti, inoltre, accanto a disposizioni che esplicitamente si presentano come principî, accade di trovare disposizioni che non esprimono esse stesse dei principî (almeno: non necessariamente), ma in vario modo fanno riferimento a principî. Si possono qui menzionare due esempi, che sono forse i più significativi.

(a) L'art. 117, I c., cost. conferisce alle Regioni il potere di emanare, in certe materie di seguito enumerate, «norme legislative nei limiti dei principî fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato». Secondo un'interpretazione del tutto pacifica, questa disposizione si riferisce non già ai principî generali dell'ordinamento (di cui ora diremo), ma a principî settoriali, il cui raggio d'azione è limitato all'una o all'altra delle singole "materie" (ad esempio, l'urbanistica) su cui si estende la competenza legislativa delle Regioni (ad autonomia ordinaria)[10].

I principî in questione, si può dire, costituiscono un limite alla competenza legislativa regionale in un duplice senso. Per un verso,

---

[9] In proposito cfr. V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Giuffré, Milano, 1970;

[10] Sulla distinzione tra "principî generali" e "principî fondamentali" cfr. ad es. G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984, pp. 229 ss.; L. Paladin, *Diritto regionale*, III ed., CEDAM, Padova, 1979, pp. 86 ss.

alle Regioni non è consentito emanare norme di principio (che sono riservate alla competenza della legge statale), ma solo norme "di dettaglio", cioè norme relativamente più specifiche, meno generali. Per un altro verso, le norme "di dettaglio" emanate dalla Regioni devono armonizzarsi con la "cornice" dei principî dettati da leggi statali: cioè non possono essere in contrasto con essi, pena l'invalidità per illegittimità costituzionale.

Si osservi che i principî di cui si tratta sono prefigurati dalla costituzione come principî espressi, formulati in apposite leggi statali (leggi "di principio", appunto). Nondimeno, l'art. 9, I c., legge 62/1953 (come modificato dall'art. 17, ult. c., legge 281/1970) prevede e disciplina l'ipotesi che, per omissione del legislatore statale, i principî in questione non siano espressamente formulati in leggi *ad hoc*, e debbano invece essere desunti "per implicito" da altre leggi: «L'emanazione di norme legislative da parte delle regioni [...] si svolge nei limiti dei principî fondamentali quali risultano da leggi che espressamente li stabiliscono per le singole materie o quali si desumono dalle leggi vigenti».

(b) L'art. 12, II c., disp. prel. cod. civ. dispone: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Le controversie che non possono essere decise con una "precisa disposizione", ossia con una norma espressa, configurano altrettante lacune del diritto. I principî, dunque, sono qui richiamati quali strumenti di integrazione del diritto in presenza di lacune (ad essi l'interprete è autorizzato a fare ricorso dopo avere inutilmente esperito l'argomento analogico). Per tale ragione, i principî in questione sono ovviamente principî inespressi.

Si osservi però che nell'art. 12, II c., disp. prel. cod. civ. il riferimento ai principî è, per così dire, duplice. La disposizione in esame, infatti, prescrive due distinte procedure di completamento del diritto lacunoso: da un lato, l'applicazione analogica di norme particolari; dall'altro, l'applicazione di principî generali. Senonché anche l'applicazione analogica di una norma specifica suppone la ricerca di un principio: precisamente, di quel principio che costituisce la ragione, il fine, il motivo (la *ratio*, come suol dirsi) della norma in questione. Per ciò che concerne i principî "generali", essi sono tali nel senso che stanno a fondamento non già di singole norme espresse (nel qual caso si tratterebbe semplicemente della applicazione analogica di tali norme, dopo averne identificato la ragion d'essere), ma di

insiemi più o meno vasti di norme (ad esempio: l'istituto della proprietà, la materia della circolazione, il diritto commerciale, il diritto privato), o addirittura dell'ordinamento giuridico nel suo complesso (è il caso, ad esempio, del principio di irretroattività: art. 11 disp. prel. cod. civ.).

Si osservi, ancora, che la disposizione menzionata si riferisce ai principî "dell'ordinamento giuridico dello Stato". Questa espressione, per comune opinione della dottrina (e secondo quanto risulta, del resto, dai lavori preparatori del codice civile), è intesa a sottolineare che i principî in questione devono essere desunti da norme positive. L'interprete, in altre parole, non è autorizzato a colmare le lacune facendo ricorso al cosiddetto "diritto naturale" (ossia a principî di giustizia non positivizzati nella legislazione vigente). Si può dire che siano principî di diritto positivo tutti e soli quelli persuasivamente desumibili da disposizioni positivamente formulate.

4. Usi dei principî

I principî trovano uso nella produzione, nella interpretazione, e nella integrazione del diritto[11].

(a) Per ciò che concerne la produzione del diritto, la formulazione di un principio (che è dunque, necessariamente, un principio espresso) da parte di un'autorità normativa adempie in genere la funzione di circoscrivere, sotto il profilo sostanziale o materiale, la competenza normativa di una fonte (in qualche senso) "subordinata". Nel senso che la fonte subordinata, secondo i casi: non può contenere norme incompatibili con quel principio; oppure deve limitarsi a svolgere le implicazioni di quel principio. Pena, in entrambi i casi, la invalidità per vizio sostanziale o materiale. Il principio, insomma, funziona da parametro di legittimità (eventualmente: di legittimità costituzionale) della fonte subordinata.

Così, ad esempio, come si è detto, le leggi regionali non possono contrastare con i "principî fondamentali" formulati nelle leggi statali di "cornice" (art. 117, I c., cost.), malgrado che, a rigore, non

[11] Sul ruolo dei principî nel ragionamento giuridico vorrei fare rinvio a R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986; Id., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, spec. parte II, capp. I e II.

vi sia subordinazione gerarchica tra legge statale e legge regionale. Analogamente, i decreti legislativi delegati del Governo non possono contrastare con i "princìpî e criteri direttivi" stabiliti nella legge di delegazione (art. 76 cost.), malgrado che, di nuovo, il decreto delegato non sia formalmente subordinato alla legge (avendone la medesima "forza"). E ancora: i regolamenti governativi cosiddetti di "attuazione e integrazione" devono limitarsi a dare svolgimento alle leggi "recanti norme di principio" (art. 17, I c., legge 400/ 1988); lo stesso, pressappoco, può dirsi dei regolamenti che si usa chiamare "delegati", i quali devono limitarsi a specificare le leggi che, «autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari» (art. 17, II c., legge 400/1988).

(b) Per ciò che concerne la interpretazione del diritto, i princìpî - soprattutto i princìpî espressi e, tra questi, specie quelli di rango costituzionale - sono impiegati in genere per giustificare una interpretazione "adeguatrice". Si dice adeguatrice quella interpretazione che, per l'appunto, adatta il significato di una disposizione a quello di un principio, previamente identificato. Poniamo che una disposizione ammetta due confliggenti interpretazioni, I_1 e I_2, tali che I_1 sia conforme ad un principio e I_2 sia in contrasto con esso. Ebbene, si fa interpretazione adeguatrice interpretando la disposizione in questione nel senso I_1 e respingendo il senso I_2.

Si ritiene, in particolare, che l'interpretazione della legge, ove possibile, debba essere adeguata ai princìpî costituzionali (talché, quando è praticabile un'interpretazione adeguatrice, non vi è ragione di sollevare questione di legittimità costituzionale); che l'interpretazione della legge regionale debba essere adeguata, se possibile, ai princìpî fondamentali delle materia stabiliti da leggi statali; che l'interpretazione dei decreti legislativi delegati debba essere adeguata, ove possibile, ai princìpî statuiti nella legge di delegazione. (Analogamente, si ritiene anche che l'interpretazione dei regolamenti d'esecuzione debba essere adeguata, ove possibile, alle disposizioni della legge alla cui esecuzione essi sono preordinati.)[12]

---

[12] In giurisprudenza, l'interpretazione adeguatrice è fortemente raccomandata in presenza di gerarchie formali (tra costituzione e legge, tra legge e regolamento), ma anche in presenza di gerarchie logiche (tra legge di delegazione e decreto delegato): «Tra più possibili interpretazioni della norma il giudice deve scegliere l'interpretazione ritenuta conforme alla Costituzione» (Corte cost., 63/1989); «Tra due possibili interpretazioni di una norma di legge occorre scegliere quella più confacente alla legittimità della norma» (Cons. Stato, sez. V, 11.7.1975, n. 1024, in "Consiglio di Stato", 1975, I, 903); «Le disposizioni contenute in atti sottordinati alle leggi devono essere interpretate adeguandone, per quanto possibile, il senso alle norme legislative vigenti. Questa è la conseguenza tanto dell'assioma per il quale l'ordinamento normativo dev'esser postulato, in sede interpretativa e applicativa, come una totalità unitaria, quanto del principio di conservazione dei valori giuridici, il quale induce a presumere che una disposizione non sia dichiarata illegittima fintantoché sia possibile enucleare da essa un significato conforme alle leggi» (Corte cost., 559/1988); «Qualora la norma di un decreto delegato dia luogo a dubbi esegetici, la prevalenza deve essere accordata all'interpretazione adeguatrice al precetto costituzionale che esige la conformità della legge delegata ai criteri direttivi della legge di delega» (Cass., 12.7.1984, n. 4092, in "Foro amministrativo", 1984, 4093); «Le norme regolamentari di esecuzione devono essere interpretate in stretta connessione con le disposizioni legislative alla cui esecuzione sono preordinate; pertanto, ove si profili la possibilità di una non univoca interpretazione della norma regolamentare, ad essa deve necessariamente attribuirsi il significato che non contrasti con la disposizione legislativa base» (Cons. Stato, 2.3.1968, n. 207, in "Foro amministrativo", 1968, I, 2, 1595).

In generale, in sede di interpretazione, argomentare per princìpî consiste nel fare appello ad una norma (esplicita o implicita), di cui si assume la "superiorità", in qualche senso, rispetto alla disposizione da interpretare, onde adeguare a quella il significato di questa. Trattare una norma come principio significa appunto assumerne la "superiorità" rispetto ad un'altra. Ad esempio, adottando questo argomento, una disposizione che possa essere intesa sia come retroattiva, sia come irretroattiva, sarà preferibilmente intesa nel secondo senso, in accordo con il principio generale espresso di irretroattività (art. 11 disp. prel. cod. civ.).

In ossequio al principio cosiddetto di "conservazione dei documenti normativi"[13], siffatto argomento è di largo impiego da parte della giurisprudenza costituzionale, specialmente nelle sentenze cosiddette interpretative di rigetto. L'interpretazione adeguatrice, ovviamente, sortisce l'effetto di conservare validità a documenti normativi, pure suscettibili di interpretazioni contrarie a costituzione, a condizione che essi ammettano almeno una interpretazione conforme ai princìpî costituzionali.

(c) Per ciò che concerne la integrazione del diritto, vale quanto si è detto nel paragrafo precedente. Quando il diritto presenti una la-

---

[13] Corte cost. 152/1982, 292/1984.

cuna, l'interprete è autorizzato dall'art. 12, II c., disp. prel. cod. civ. a colmarla mediante ricorso ad un principio: o ad un principio "particolare" che stia a fondamento di una norma specifica (cosiddetta *ratio legis*) o, in mancanza, ad un principio "generale", che stia a fondamento di un intero gruppo di norme. Nell'un caso, si suol dire, la lacuna è colmata mediante analogia *legis*; nell'altro, essa è colmata mediante analogia *juris*.

XIII.

Finzione giuridica

1. 'Finzione'

Secondo una definizione molto ricorrente in letteratura, per 'finzione' deve intendersi un'affermazione consapevolmente falsa[1].

All'analisi logica una finzione si presenta dunque come la congiunzione: (a) di un'atto linguistico assertivo ("Io asserisco che **p**", dove la variabile 'p' sta per una proposizione), e (b) di un tacito atteggiamento proposizionale con questo configgente ("Io credo che non-**p**")[2]. La finzione, dunque, si distingue dalla falsità come pure dalla menzogna e dall'inganno[3].

Questa definizione, tuttavia, non si attaglia ad ogni tipo di 'fin-

---

[1] «Probabilmente nessun giurista negherebbe che i giudici e gli studiosi di diritto fanno spesso asserzioni che sanno esser false. Tali asserzioni sono dette "finzioni"» (L. L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford U.P., Stanford, 1967, p. 1). In generale, si veda il classico H. Vaihinger, *La filosofia del come se* (1914), trad. it. a cura di F. Voltaggio, Ubaldini, Roma, 1967; e su di esso H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche* (1919), trad. it. in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, E. S. I., Napoli, 1988.

[2] Si dice 'atto linguistico' un atto che si compie attraverso il linguaggio, e solo attraverso il linguaggio (esempi: asserire, promettere, comandare, abrogare, etc.). Si dice 'atteggiamento proposizionale' un atteggiamento che si intrattiene nei confronti di una proposizione (esempi: credere vera, credere falsa, etc.). Si dice 'proposizione' una entità di linguaggio cui convengono i valori di 'vero' e di 'falso'.

[3] L. L. Fuller, *Legal Fictions*, cit., pp. 5-11.

zione'. Ad esempio, non sembra appropriata per le finzioni letterarie: giacché le proposizioni che compongono, ad esempio, un romanzo (od un testo teatrale) non sono dall'autore (o dagli attori) "asserite" o "affermate" come vere, ma sono, per così dire, "presentate", senza alcun impegno, come proposizioni né vere né false, semplicemente affabulate[4]. Anche le cosiddette finzioni giuridiche, o almeno alcune di esse, paiono sfuggire alla detta caratterizzazione.

Di finzioni giuridiche, a dire il vero, si parla con riferimento a fenomeni alquanto diversi[5]. In taluni contesti, 'finzione giuridica' denota un asserto consapevolmente falso. In altri contesti, la medesima locuzione denota piuttosto certe entità giuridiche, ritenute fittizie. In altri contesti ancora, 'finzione giuridica' si riferisce a false rappresentazioni (dottrinali) del diritto o di qualche sua parte.

2. Finzioni giurisprudenziali

Nel suo significato originario e risalente, la locuzione 'finzione giuridica' denota una tecnica giurisprudenziale diretta ad innovare - senza darlo a vedere - una norma esistente, ormai percepita come ingiusta o inadeguata, così da adattarla a mutate condizioni sociali[6].

La tecnica in questione consiste, molto semplicemente, nel sussumere una fattispecie sotto una norma che palesemente - secondo il senso comune (ossia secondo il significato accettato delle parole) o comunque secondo l'interpretazione consolidata - non sarebbe, a quella fattispecie, applicabile[7].

---

[4] In proposito: J. R. Searle, *The Logical Status of Fictional Discourse*, in Id., *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge U. P., Cambridge, 1979, pp. 58 ss.; A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, 1968, § 8. Alla finzione letteraria Ross assimila la finzione giuridica da lui detta "teoretica", ossia la finzione che i giudici non creino diritto: su ciò *infra*, § 5.

[5] C. Varga / J. Szájer, *Fiction*, in A.-J. Arnaud et al. (eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L. G. D. J.-E. Story-Scientia, Paris, Bruxelles, 1988. Per la storia dottrinale della finzione giuridica, il testo fondamentale è F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della "fictio juris"*, CEDAM, Padova, 1979.

[6] Cfr. G. W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, IV ed., Clarendon, Oxford, 1972, pp. 57-59.

[7] A questo riguardo, A. Ross, *Le finzioni giuridiche* (1969), trad. it. in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, parla di "finzioni creative" (creative, ovviamente, di diritto). Un commento a Ross è in R. Guastini, *Questioni di deontica in Ross. Con un'appendice bibliografica sulla fortuna di Ross in Italia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 11, 1981.

Ad esempio, in un contesto culturale nel quale il vocabolo 'uomo' fosse comunemente inteso nel senso di 'maschio della specie umana' (e non nel senso di 'essere umano'), applicare ad una 'donna' una norma dettata per gli 'uomini' - nell'assunto che "le donne siano uomini" - sarebbe frutto di una finzione. La finzione consisterebbe appunto nell'assumere che le donne siano uomini, nella consapevolezza della falsità di un tale assunto (falsità, secondo gli standards linguistici correnti)[8]. Effetto della finzione sarebbe quello di estendere alle donne un trattamento giuridico fin qui riservato agli uomini; suo scopo sarebbe quello di ottenere tale mutamento giuridico per via giurisprudenziale, in assenza di un intervento legislativo al riguardo[9]. S'intende che, in un diverso contesto culturale (col mutare del senso comune delle parole, o dell'interpretazione comunemente accolta) la finzione potrebbe non essere più percepita come tale.

Palesemente, la tecnica di innovazione del diritto, che va sotto il nome di 'finzione giuridica', non differisce, se non forse per una sfumatura, dalla comune applicazione analogica[10].

3. Finzioni legislative?

Fenomeni a prima vista non troppo dissimili dalle finzioni giurisprudenziali si riscontrano, talora, anche nel linguaggio legislativo[11]. Accade, infatti, che il legislatore consideri "esistente" una cosa di cui è assodata la "inesistenza" (o viceversa), oppure che più semplicemente consideri, se così possiamo dire, una cosa come

---

[8] Tale assunzione non è che la premessa minore del cosiddetto sillogismo giudiziale.

[9] L. L. Fuller, *Legal Fictions*, cit., pp. 56 ss.

[10] H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., p. 254; A. Ross, *Le finzioni giuridiche*, cit., p. 182.

[11] R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pp. 68 ss.; R. Hernández Marín, *Ficciones jurídicas*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 3, 1986.

un'altra. Per esempio, "Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta" (art. 1326, ult. comma, cod. civ.), "Le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti" (art. 1340 cod. civ.), "La condizione impossibile [...] se è risolutiva si ha come non apposta" (art. 1354, II comma, cod. civ.), e via esemplificando.

Ma, ad uno sguardo più attento, la somiglianza si attenua fino a scomparire[12]. Infatti, una disposizione legislativa, a differenza della premessa minore di un sillogismo giudiziale, non può sensatamente considerarsi un enunciato del linguaggio descrittivo, e pare pertanto difficile trattarla come un asserto (vero o falso, poco importa)[13].

Ovviamente, le disposizioni in questione hanno valore non già "dichiarativo", ma, in qualche senso, "costitutivo"[14]: «la qualificazione giuridica di un fenomeno è opera esclusiva della volontà del legislatore, senza possibilità di conflitti con la natura delle cose, la realtà storica o preesistenti usi linguistici»[15]. Il legislatore, insomma, non "asserisce" che l'accettazione non conforme alla proposta sia una nuova proposta: semplicemente, connette all'accettazione difforme dalla proposta i medesimi effetti giuridici di una nuova proposta; il legislatore non "afferma" che la condizione impossibile risolutiva sia "inesistente", anche se di fatto le parti l'hanno stipulata: semplicemente, non riconnette a tale condizione alcuna conseguenza giuridica (o esclude che produca quegli effetti che ci si attenderebbero); e così avanti[16].

---

[12] A. Belvedere, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in "Rivista critica del diritto privato", 3, 1985, pp. 295 ss.

[13] Giacché solo degli enunciati descrittivi si può predicare la verità e la falsità.

[14] G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; A. G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, in R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli, 1983.

[15] A. Belvedere, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, cit., p. 298. Sulla differenza tra finzioni e presunzioni vi è vasta letteratura: cfr. ad es. L. L. Fuller, *Legal Fictions*, cit., pp. 40 ss.; V. Andrioli, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, UTET, Torino, 1966; P. Foriers, *Présomptions et fictions*, e J. Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, entrambi in Ch. Perelman / P. Foriers (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.

[16] «Nella legge [...] non si dichiarano conoscenze. [...] Il legislatore [...] non "immagina" la cosa come se fosse in un certo modo, ma la regola così come egli desidera. Perciò la "cosa" diventa realmente, cioè nella realtà giuridica, così. Il legislatore - nel suo regno - è onnipotente, perché la sua funzione consiste solo nel collegare conseguenze giuridiche a fattispecie» (H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche* , cit., pp. 246 e 250).

4. Entità fittizie

Di 'finzioni giuridiche' si parla talvolta per riferirsi ad istituzioni quali lo stato, le società per azioni, le persone giuridiche in genere[17]. In tale contesto, l'espressione in esame denota una vasta classe di enigmatiche entità, chiamate in vita dal diritto, ma sentite come irreali, e in tal senso come fittizie[18].

Per un verso, la persona giuridica è un'entità fittizia nell'ovvio senso che non è un'entità "naturale", percepibile ai sensi, ma, appunto, un ente "artificiale" creato da norme giuridiche[19]. Per un altro verso, l'entificazione di un gruppo di individui e/o di un patrimonio è sentita come cosa fittizia anche nel senso, non meno ovvio, che le norme giuridiche possono solo disciplinare, in ultima istanza, comportamenti di individui umani, e null'altro[20].

---

[17] In proposito: U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), II ed. a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano, 1985; F. D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio* (1963), nuova ed. CEDAM, Padova, 1989; F. Galgano, *Persone giuridiche*, Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1969; P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività* , CEDAM, Padova, 1975; R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978; A. Pintore, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 11/12, 1982-83; A. Aarnio, *Persona jurídica, ¿ una ficción ?*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 3, 1986; A. Pintore, in M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988, spec. pp. 15 ss.

[18] Cfr. ad es. A. Ross, *Le finzioni giuridiche*, cit., p. 180; R. Hernández Marín, *Ficciones jurídicas*, cit.

[19] Un'entità del mondo del *Sollen*, nel lessico di Kelsen; ovvero un'entità del "mondo tre", nel lessico dell'ultimo Popper (K. R. Popper, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Clarendon, Oxford, 1972). In proposito cfr. N MacCormick / O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht-Boston, 1986, spec. cap. II.

[20] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. Comunità, Milano, 1952; Id., *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. Einaudi, Torino, 1960; A. Ross, *Sui concetti di "stato" e di "organi dello stato" nel diritto costituzionale* (1961), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo*

E' pacifico, peraltro, che i concetti in esame possano essere impiegati in sede dogmatica, senza alcuna entificazione o ipostatizzazione, semplicemente quali utili strumenti per riferirsi in modo succinto a vasti e complessi insiemi di norme[21].

5. False rappresentazioni

Infine, si è parlato talora di 'finzioni giuridiche' in relazione a ideologie[22]: a dottrine, cioè, ritenute inaffidabili perché offrono del diritto, o di un qualche suo aspetto, una raffigurazione fallace, ingannevole. In contesti siffatti, ovviamente, il vocabolo 'finzione' ha una connotazione svalutativa: qualificare una dottrina come finzione ha lo scopo (o comunque l'effetto) di screditarla.

In tal senso sono state screditate come finzioni, ad esempio: (a) la dottrina secondo cui i giudici non creano diritto[23]; (b) la dottrina secondo cui il diritto è lacunoso[24]; (c) la dottrina che configura gli organi elettivi come "rappresentanti" del corpo elettorale[25].

La prima dottrina appare ingannevole a quanti ritengono che l'esercizio della funzione giurisdizionale sia, in qualche senso, "produzione" di norme (nuove) e non mera "applicazione" di norme (preesistenti)[26]. Nella realtà, i giudici creano diritto; nella finzione, «l'autorità giurisdizionale viene investita d'una sacralità che nasconde l'individualità e il ruolo del giudice. Così la sua responsabilità viene

giuridico e analisi del linguaggio. Testi di K. Olivecrona e Alf Ross, ECIG, Genova, 1989.

21 Non diversa è la funzione adempiuta, nel discorso dogmatico, da concetti quali "proprietà" e "diritto soggettivo". Cfr. A. Ross, *Tû-Tû* (1951), e Id., *La definizione nel linguaggio giuridico* (1958), entrambi trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976; Id., *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965.

22 R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, cit., pp. 71-72.

23 A. Ross, *Le finzioni giuridiche*, cit.

24 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 149 ss.; Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 278 ss.

25 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 294 ss.; Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 332 ss.

26 E' il caso, appunto, di A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., e del realismo giuridico in genere.

minimizzata»[27].

La seconda dottrina appare ingannevole a quanti aderiscono al dogma della completezza del diritto[28]. Nella realtà, il diritto è completo: nel senso che il giudice può sempre decidere qualsiasi controversia sulla base del solo diritto esistente, semplicemente respingendo la domanda dell'attore ogniqualvolta il convenuto non abbia violato alcun obbligo giuridico. L'ideologia delle lacune svolge dunque la funzione di autorizzare il giudice a creare diritto nuovo allorché tale soluzione gli appaia insoddisfacente.

La terza dottrina è stata qualificata come una finzione per il fatto che, in assenza di qualsivoglia responsabilità giuridica degli eletti di fronte agli elettori, è ingannevole parlare di rappresentanza[29]. «La funzione di questa ideologia è di nascondere la situazione reale, di mantenere l'illusione che il legislatore sia il popolo, nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del popolo - o, formulata più esattamente, del corpo elettorale - sia limitata alla creazione dell'organo legislativo»[30].

27 A. Ross, *Le finzioni giuridiche*, cit., p. 194. Si può osservare che la finzione in esame sta a fondamento di importanti istituti vigenti, quali la separazione dei poteri, il controllo di cassazione, il controllo di legittimità costituzionale, l'irresponsabilità e l'indipendenza dei giudici, etc.

28 E' il caso di Kelsen, il quale fa sua la teoria della "norma generale esclusiva". Sorprendentemente, Kelsen ritiene che la teoria delle lacune sia uno strumento atto ad inibire la creazione giudiziale di diritto e a circoscriverla a casi eccezionali. Le tesi di Kelsen, tuttavia, sono controintuitive. Per un verso, sembra naturale considerare finzione non già la dottrina delle lacune, ma piuttosto la dottrina opposta, ossia il dogma della completezza del diritto. Per un altro verso, sembra naturale pensare che un legislatore, il quale preveda l'esistenza di lacune e autorizzi il giudice a creare diritto in tali circostanze (l'allusione è all'articolo primo del codice civile svizzero), non già inibisca, ma favorisca la creazione di diritto giurisprudenziale.

29 Secondo questo modo di vedere, si può parlare di rappresentanza solo se gli eletti non sono indipendenti dagli elettori, ma anzi sono legati ad essi da un mandato imperativo e possono essere revocati in qualunque momento.

30 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 296.

XIV.

Diritto giurisprudenziale, lacune, antinomie

1. 'Diritto giurisprudenziale': in che senso?

La locuzione 'diritto giurisprudenziale' palesemente significa: diritto creato dai giudici (*judge-made law*). Tuttavia, questa definizione non è molto chiarificatrice, giacché non è affatto ovvio in che senso si possa dire che i giudici creano diritto[1]. Pare che l'enunciato 'I giudici creano diritto' possa essere usato in non meno di quattro significati distinti.

(1) In un primo senso, si può dire che i giudici creino diritto per intendere che le loro decisioni - non diversamente da quelle degli organi "legislativi" (o, comunque, dotati di autorità normativa) - sono provviste di una efficacia generale, *erga omnes*.

In tal senso, la nozione di diritto giurisprudenziale è una nozione di diritto positivo - dunque, una variabile dipendente dei diversi sistemi giuridici - che non solleva speciali problemi teorici.

In alcuni sistemi giuridici, infatti, alle decisioni giurisdizionali è attribuita efficacia generale (tipicamente, nei sistemi di *common law*);

---

[1] Cfr. G.R. Carrió, *"I giudici creano diritto" (esame di una polemica giuridica)* (1961), trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976; E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987; R. Guastini, *Osservazioni in margine a E. Bulygin*, op. cit., ivi.

in altri, le decisioni giurisdizionali hanno effetti circoscritti al caso deciso (tipicamente, nei sistemi di *civil law*).

D'altra parte, anche nell'ambito di un medesimo sistema giuridico, può accadere che talune decisioni giurisdizionali abbiano solo effetti *inter partes*, e che altre abbiano invece effetti *erga omnes*: ad esempio, in diritto italiano vigente, si ritiene che, in generale, le decisioni giurisdizionali non producano effetti oltre il caso deciso, ma che tuttavia le sentenze di accoglimento (e solo le sentenze di accoglimento) della Corte costituzionale, come pure le decisioni di giudici amministrativi che dichiarino illegittimo un regolamento, abbiano efficacia generale.

(2) In un secondo senso, si può dire che i giudici creino diritto per intendere: (a) che il sistema giuridico è costituito sia di norme generali (tipicamente: le norme di legge), sia di norme individuali; e (b) che le decisioni giurisdizionali sono appunto produttive di norme individuali.

E' questo il punto di vista di Hans Kelsen[2]. Secondo Kelsen, il sistema giuridico può essere guardato da due distinti angoli visuali: quello statico e quello dinamico.

Sotto il profilo statico, il sistema giuridico si presenta come un insieme, gerarchicamente ordinato, di norme, sia generali (ad esempio, quelle legislative) sia individuali (ad esempio, quelle statuite nei dispositivi di sentenze).

Sotto il profilo dinamico, il sistema giuridico consta invece di una molteplicità di atti normativi. Ogni atto normativo si presenta, al contempo, come applicazione di una norma gerarchicamente superiore e come creazione di una norma gerarchicamente inferiore. Così, ad esempio, la legislazione è sì creazione di norme, per l'appunto, legislative, ma è altresì applicazione di norme costituzionali; la giurisdizione è sì applicazione di norme generali (legislative), ma è anche creazione di norme individuali (giurisprudenziali).

In tal senso, creazione ed applicazione del diritto non sono cose rigidamente distinguibili: ogni atto giuridico è creativo e applicativo al tempo stesso. La contrapposizione corrente tra legislazione e giurisdizione è largamente fondata sulla netta distinzione tra prescrizioni generali (legislative) e prescrizioni individuali (giurisprudenziali).

2 Cfr. ad es. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. Comunità, Milano, 1952; Id., *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1966.

Siffatta distinzione, di per sé ineccepibile, può servire tutt'al più a caratterizzare, dal punto di vista statico, i diversi gradi gerarchici nei quali si articola l'ordinamento giuridico. Mai e poi mai può essere utilizzata per contrapporre, dal punto di vista dinamico, atti creativi di diritto ad atti solo applicativi di diritto. Se si conviene che il diritto includa sia norme generali sia norme individuali, anche la giurisdizione, in quanto creazione di norme individuali, è creazione di diritto.

Da questo punto di vista - si osservi - i giudici creano diritto sempre e comunque. Il diritto giurisprudenziale è l'insieme delle norme individuali create dai giudici nelle loro sentenze (più precisamente: nei dispositivi delle sentenze).

Questa nozione di diritto giurisprudenziale, suggerita da alcune tesi di Kelsen, è fuorviante. Non sembra appropriato dire che i giudici "creino" diritto, solo perché si limitano a formulare delle norme individuali. Si può sostenere infatti che la formulazione di una certa norma (generale o individuale, poco importa) costituisca "creazione" di tale norma solo a condizione che la norma così formulata non fosse già logicamente implicita in un'altra norma preesistente[3]. Il punto va chiarito distesamente.

Una decisione giurisdizionale può essere "motivata", o "immotivata" (ovvero arbitraria). La decisione si dice "motivata" allorché la norma individuale da essa statuita costituisce applicazione di una norma generale.

L'applicazione di una norma generale consta di due distinte operazioni concettuali. La prima operazione è la qualificazione di una fattispecie concreta: qualificare una fattispecie significa ricondurla (o sussumerla) nel campo di applicazione di una norma generale **Ng**. La seconda operazione è la formulazione di una norma individuale **Ni** logicamente implicita in **Ng**. Ad esempio, supponiamo che la norma generale in questione sia la seguente: "Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri". Diremo che un giudice applica tale norma allorché: in primo luogo, qualifica la fattispecie a lui sottoposta pressappoco nei seguenti termini: "Il convenuto ha cagionato un danno agendo per sua legittima difesa"; in secondo luogo, formula la norma individuale, risolutiva della controversia: "Il convenuto non è responsabile".

Ma in che senso una norma individuale, formulata nel dispositivo di una sentenza, può dirsi logicamente implicita nella norma generale cui si dà applicazione? Per chiarire questo punto, sarebbe ne-

3 E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit.

cessario analizzare a fondo la struttura logica delle norme. Tuttavia, in questa sede, possiamo aggirare il problema, usando un linguaggio approssimativo, e facendo appello ad un concetto intuitivo.

Sembra naturale dire che ogni norma ha un proprio "contenuto". Il contenuto di una norma è l'insieme delle circostanze, dei soggetti, e dei comportamenti cui la norma si riferisce (ciò che è comandato, i soggetti cui è comandato, le circostanze in cui è comandato). Ad esempio, il contenuto in questo senso della norma "Tutti i ladri devono essere puniti con la reclusione" è la punizione di tutti i ladri mediante la reclusione; il contenuto della norma "Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" è il risarcimento del danno da parte di coloro che abbiano cagionato un danno ingiusto per dolo o colpa; e così avanti.

Ebbene, diremo che una norma (individuale) **Ni** è logicamente implicita in un altra norma (generale) **Ng**, allorché il contenuto di **Ni** è logicamente implicito nel contenuto di **Ng**, talché l'adempimento di **Ng** comporta necessariamente l'adempimento di **Ni**. Così, evidentemente, la punizione di un singolo ladro è logicamente implicita nella punizione di tutti i ladri; l'adempimento della norma generale che comanda di punire tutti i ladri (ossia l'effettiva punizione di tutti i ladri) comporta l'adempimento della norma individuale che comanda di punire questo ladro (ossia l'effettiva punizione di questo ladro). Insomma: se è vero che tutti i ladri sono puniti, allora è pure vero che anche questo ladro è punito.

Ebbene, allorché il giudice applica - nel senso ora chiarito - una norma generale, non sembra appropriato dire che egli "crei" alcunché. E' pur vero che il giudice e solo il giudice è l'autore della norma individuale, contenuta nel dispositivo della sentenza. Tuttavia, questa norma individuale non può considerarsi "nuova" (creata *ex novo*) in un senso importante: nel senso che il suo contenuto era già logicamente implicito nel contenuto della norma generale cui il giudice ha dato applicazione[4].

---

[4] Qualunque decisione giudiziale motivata si presenta sempre come applicazione di una norma generale, giacché 'motivare' la decisione (il dispositivo) significa appunto ricondurne il contenuto ad una norma generale. Potrebbe essere creativa di una norma individuale (nuova) solo una decisione che fosse immotivata, o arbitraria che dir si voglia. Ma una decisione motivata, per definizione, non può mai essere creativa di diritto nuovo. Insomma: i giudici, salvo che non pronuncino decisioni arbitrarie, applicano sempre norme generali nelle loro decisioni. Il punto è: quali norme generali applicano? Norme precostituite, di fonte legislativa, o norme nuove, che essi stessi hanno creato? Per saperlo, è alla motivazione delle sentenze che dobbiamo guardare, non al loro dispositivo. Cfr. E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit.; R. Guastini, *Problemi di analisi logica della motivazione*, in "Contratto e impresa", 1986, n. 1.

(3) In un terzo senso, si può dire che i giudici creino diritto per intendere che l'interpretazione dei testi normativi (attività tipica dei giudici) è operazione non conoscitiva di norme (preesistenti), ma produttiva di norme (nuove).

Il punto può essere formulato un po' più distesamente come segue. Per cominciare, occorre distinguere gli enunciati normativi del legislatore (le disposizioni) dal loro contenuto di significato (le norme). Il significato di un enunciato normativo non è cosa precostituita all'interpretazione: al contrario, è una sua variabile dipendente. Le leggi, insomma, non hanno altro significato se non quello che attribuiscono loro gli interpreti, e in particolare i giudici (interpreti dotati di autorità). Se si conviene di usare il termine 'diritto' per designare non l'insieme delle disposizioni legislative, ma l'insieme delle norme che tali disposizioni esprimono come loro significato, allora si dovrà pure ammettere che il diritto nasce non dalla legislazione ma dall'interpretazione delle leggi, o almeno dalla collaborazione tra legislatore ed interpreti.

L'attività giurisdizionale, da questo punto di vista, è sì un'attività applicativa di norme generali a casi particolari, ma le norme cui i giudici danno applicazione, lungi dall'essere loro precostituite, sono anzi norme che essi stessi producono, o contribuiscono a produrre, mediante interpretazione.

La contrapposizione tra creazione e applicazione di diritto si fonda, in parte, sulla mancata distinzione tra testo normativo (disposizione) e norma in senso stretto (contenuto di significato della disposizione). Questa mancata distinzione si accompagna spesso alla ingenua credenza che le parole abbiano un "proprio" significato, "vero", indipendente dall'uso e precostituito all'interpretazione. E' proprio da questo punto di vista che la legislazione - intesa come produzione di inequivoche norme generali pronte per l'uso - può apparire come attività squisitamente politica, mentre l'applicazione di norme generali a casi particolari si presenta come attività banalmente tecnica. Ma, se si abbandona questo quadro concettuale, la contrapposizione in esame si attenua o sbiadisce fino a scomparire.

Da questo punto di vista, non solo i giudici creano sempre di-

ritto, ma anzi: tutto il diritto è creato dai giudici. A questo modo di vedere si può obiettare come segue.

Anzitutto, si può senz'altro convenire che l'interpretazione sia, in un senso, produzione di norme. Nondimeno, altro è "produrre una norma" nel senso di interpretare - cioè decidere il significato di - un testo normativo preesistente, altro è "produrre una norma" nel senso di formulare un testo normativo *ex novo*. Forse non c'è una differenza netta, ma certo c'è una differenza di grado. Entrambe le cose comportano un certo grado di discrezionalità politica, è vero. Ma, per l'appunto, si tratta di due gradi diversi di discrezionalità. Il legislatore non è vincolato da testi preesistenti, il giudice sì. E' pur vero che i testi legislativi non hanno mai un significato univoco, che si prestano a diverse e confliggenti interpretazioni. Talché costituiscono, per il giudice, un vincolo piuttosto debole. Ma un vincolo debole è pur sempre un vincolo, un limite: è di fatto impossibile per il giudice attribuire ad un testo - letteralmente - "qualsiasi" significato, a suo piacimento. L'attività legislativa è libera da vincoli di questo tipo.

Inoltre, si deve osservare che il legislatore non è soggetto ad alcun obbligo di motivare le sue decisioni, mentre le decisioni giurisdizionali devono (a) essere motivate, e (b) essere motivate sulla base della legge[5].

L'obbligo di motivazione, in quanto tale, circoscrive, pur senza eliminare, il margine di discrezionalità del giudice, dal momento che non "qualsiasi" decisione è motivabile in modo persuasivo, o almeno plausibile. L'obbligo di motivazione sottopone il giudice ad un possibile controllo, ulteriore e diverso rispetto ai controlli cui è sottoposta l'attività legislativa.

L'obbligo di motivare "in base alla legge", poi, crea un vincolo di subordinazione del giudice rispetto al legislatore: in virtù di tale obbligo, il giudice è tenuto a mostrare, in modo argomentato, che la norma cui egli ha dato applicazione era una norma "preesistente" nella legge. Si tratta, nuovamente, di un vincolo piuttosto debole. Ma un vincolo debole è più forte di nessun vincolo.

(4) In un quarto senso, si può dire che i giudici creino diritto per intendere che - talvolta - i giudici si spingono oltre l'interpretazione di testi normativi (fonti) preesistenti: talora, i giudici formulano ed applicano norme "nuove", ossia norme che, non costituiscono il

[5] M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova, 1975, spec. cap. VI.

significato di un qualsivoglia testo preesistente.

I giudici infatti non sempre si limitano ad attribuire significato a testi normativi che trovano bell'e fatti, già formulati da un'autorità normativa; non sempre le norme cui i giudici danno applicazione costituiscono interpretazioni di testi legislativi. Sebbene ogni testo normativo - ogni fonte - ammetta sempre una pluralità indeterminata di interpretazioni, nessun testo ammette "qualsiasi" interpretazione. Gli usi linguistici esistenti entro una data comunità, le (eventuali) abitudini interpretative già accreditate e consolidate, consentono una certa gamma di possibili interpretazioni, e al contempo ne escludono altre, che, per qualche ragione, appaiono improponibili o intollerabili. Ebbene, i giudici talvolta danno applicazione a norme che non possono sensatamente essere attribuite ai testi legislativi come loro significato.

In queste circostanze, e in questo senso, essi formulano (ed applicano) norme "nuove", inespresse. In questo senso, e in queste circostanze, essi creano diritto, o, come pure si dice, integrano il diritto. Ciò accade, tipicamente, in presenza di lacune e/o di antinomie.

Occorre infatti distinguere due tipi di circostanze. Talvolta, il giudice si trova a giudicare sopra una controversia per la quale la legge, opportunamente interpretata, offre una, ed una sola, univoca soluzione. Talaltra, la legge, comunque interpretata, non disciplina la fattispecie sottoposta al giudice (la legge è lacunosa), oppure la legge disciplina sì quella fattispecie, ma non in modo univoco, bensì in due o più modi tra loro incompatibili (la legge presenta un'antinomia). Si può convenire che, in circostanze normali, il giudice si limiti ad applicare norme (più o meno) precostituite. Ma in talune circostanze non vi sono affatto norme precostituite suscettibili di applicazione; in altre circostanze ve ne sono troppe. In questi casi, per risolvere le controversie a lui sottoposte, il giudice - al quale, in molti ordinamenti, non è consentito denegare giustizia, ossia rifiutarsi di decidere con il pretesto che la legge è lacunosa o contraddittoria - non può limitarsi ad applicare il diritto: deve crearlo.

In presenza di una lacuna, il giudice si sostituisce al legislatore creando egli stesso una norma nuova idonea a risolvere la controversia. In presenza di un'antinomia, il giudice si sostituisce egualmente al legislatore dando applicazione ad una delle norme in conflitto e disapplicando l'altra, ossia scegliendo, lui, quale debba essere la disciplina di quella data fattispecie[6].

[6] La contrapposizione tra legislazione e giurisdizione si regge, tra l'altro, sulla dottrina secondo cui il diritto (legislativo) sarebbe un corpo di norme: (a) com-

Potremmo dire allora che i giudici creano il diritto: (a) quando pronunciano una decisione immotivata, arbitraria; (b) quando, in presenza di una lacuna o di un'antinomia, applicano una norma che non trovano univocamente precostituita nella legge.

Nel primo caso - rarissimo e trascurabile - essi creano una norma individuale, senza applicare alcuna norma generale.

Nel secondo caso - relativamente più frequente - essi creano una norma generale (e ad essa danno applicazione).

Ogni sentenza motivata, si è detto, costituisce applicazione del diritto. Alcune sentenze, inoltre, costituiscono altresì integrazione del diritto, giacché le norme cui danno applicazione sono frutto di creazione giudiziale.

A questo punto, per chiarire ulteriormente il concetto di creazione giurisprudenziale di diritto, sarebbe necessario definire con precisione che cosa significhi l'espressione 'norma precostituita', ovvero precisare in quali circostanze una norma possa considerarsi 'precostituita' al giudice. Orbene:

(a) In senso lato, nessuna norma può dirsi "precostituita" al giudice, per le ragioni che già sappiamo. Se intendiamo per 'norma' il significato di una disposizione, le norme sono il risultato, e non l'oggetto dell'interpretazione. Il giudice trova bell'e fatte, precostituite, delle disposizioni (ossia dei testi normativi) di ambiguo e vago significato, non delle norme. In questo senso debole, tutte le norme sono frutto di creazione giudiziaria. Sotto questo profilo, come abbiamo visto, la stessa distinzione tra creazione e applicazione di norme perde senso, giacché i giudici applicano solo norme che essi stessi hanno prodotto o (almeno) contribuito a produrre. Dovremmo dire allora che ogni sentenza è, al contempo, sia creazione sia applicazione di diritto.

(b) In senso stretto, una norma può dirsi "precostituita" al giudice allorché essa sia - secondo una data interpretazione - il significato (uno dei possibili significati) di una disposizione, ovvero sia

pleto, privo di lacune, tale cioè da fornire la soluzione di qualunque possibile controversia; (b) coerente, privo di antinomie, tale cioè da fornire una sola ed univoca soluzione per ciascuna controversia. Talché vi sarebbe sempre una, ed una sola, norma suscettibile di applicazione in giudizio, e non residuerebbe spazio alcuno per una creazione giudiziaria di norme nuove. Ma questa dottrina risulta empiricamente falsa: di fatto, il diritto legislativo è tanto lacunoso quanto incoerente. Se si accetta questo punto di vista, si deve ammettere che la giurisdizione consiste: talvolta nell'applicazione di norme legislative, talaltra nella creazione di norme nuove.

logicamente implicita nel significato di una o più disposizioni (cioè in un'altra norma o in una combinazione di norme). Il discorso legislativo è un insieme, vastissimo e tuttavia finito, di disposizioni. Ciascuna disposizione, essendo suscettibile di diverse interpretazioni alternative, esprime una pluralità di norme: a queste conviene il nome di 'norme espresse'. Tuttavia, le interpretazioni possibili sono, per quanto numerose, in numero finito. Le norme potenzialmente espresse dalle disposizioni legislative esistenti sono, dunque, innumerevoli, ma non infinite. Una norma, la quale non sia espressa da alcuna disposizione legislativa, è una norma "inespressa", cioè non precostituita al giudice-interprete.

Quando il giudice applica una norma non precostituita, fondando su di essa la propria decisione, egli integra il diritto: si comporta da legislatore.

E' opportuno sottolineare che, in molti casi concreti, la questione se il giudice abbia applicato una norma precostituita, o invece abbia creato egli stesso la norma cui ha dato applicazione, può essere una questione controversa. Chiamiamo **N** la norma applicata dal giudice: può darsi che, secondo una certa interpretazione, **N** sia uno dei possibili significati di una qualche disposizione **D**, mentre, secondo un'altra interpretazione, **D** non può essere intesa nel senso **N**. Per chi accetti quest'ultima interpretazione, il giudice - formulando la norma **N** - avrà integrato il diritto; per chi accolga la prima interpretazione, il giudice - formulando **N** - non avrà integrato il diritto, ma si sarà limitato ad interpretare la preesistente disposizione **D**[7].

[7] Occorre osservare che i giudici, anche quando si spingono oltre l'interpretazione strettamente intesa, e formulano norme "nuove", nascondono pudicamente questa loro attività creativa di diritto in senso forte. Nella motivazione dei loro provvedimenti, essi adducono pur sempre testi legislativi, e presentano la loro creazione di norme come mera esplicitazione di norme "implicite", già latenti nei testi legislativi. I giudici, insomma, motivano sempre le loro decisioni richiamandosi a norme precostituite: sia quando effettivamente applicano norme precostituite (espresse), sia quando applicano norme (inespresse) che, in realtà, essi stessi hanno creato. In altre parole, i giudici assumono come precostituite anche norme che tali non sono: norme che il legislatore non ha mai formulato, ma che i giudici stessi ritengono "implicite" nel discorso legislativo. Qui, ovviamente, il vocabolo 'implicito' è usato non nel senso forte della implicazione logica, ma in un senso più debole e sfuggente. Una norma è considerata implicita (in senso debole) nel discorso legislativo allorché può essere persuasivamente ricavata da altre norme o disposizioni, esse sì, precostituite.

2. Lacune e antinomie: come trovarle

Si dice che nel discorso legislativo vi sia una "lacuna", allorché ad una fattispecie non è connessa alcuna conseguenza giuridica.

Si dice che nel discorso legislativo vi sia una "antinomia", allorché ad una stessa fattispecie sono connesse due (o più) conseguenze giuridiche tra loro incompatibili.

E' certo inutile insistere sul fatto, in verità scontato, che lacune ed antinomie costituiscono altrettante porte aperte alla discrezionalità degli organi dell'applicazione (oltre che agli interpreti accademici). Se la legge è lacunosa, è fatale che il giudice si sostituisca al legislatore, integrando il diritto. Se due norme sono tra loro incompatibili, è non meno fatale che il giudice si sostituisca al legislatore, considerando invalida, abrogata, o derogata una delle due norme confliggenti.

In questo paragrafo mi propongo di illustrare con un esempio fittizio un semplice metodo di analisi logica delle norme, che consente di individuare le eventuali lacune ed antinomie[8].

Supponiamo di avere a che fare con queste tre disposizioni immaginarie:

D1: Tutti i cittadini (**C**) residenti (**R**) devono pagare una certa imposta (**I**)

D2: L'imposta non è dovuta (non-**I**) dai non residenti (non-**R**)

D3: L'imposta non è dovuta (non-**I**) dai disoccupati (**D**)

Tali disposizioni, se interpretate alla lettera, esprimono altrettante norme, la cui struttura logica è la seguente:

N1: Se (**C** e **R**), allora **I**

N2: Se non-**R**, allora non-**I**

N3: Se **D**, allora non-**I**

[8] La parte che segue è largamente ispirata a: C.E. Alchourrón/E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971; C.E. Alchourrón/E. Bulygin, *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, 1971; C.E. Alchourrón/E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

Ora, in quali circostanze è dovuta l'imposta? In quali è non dovuta? Le circostanze combinatoriamente possibili sono otto:

1. **C** e **D** e **R**
2. **C** e **D** e non-**R**
3. **C** e non-**D** e **R**
4. **C** e non-**D** e non-**R**
5. non-**C** e **D** e **R**
6. non-**C** e **D** e non-**R**
7. non-**C** e non-**D** e **R**
8. non-**C** e non-**D** e non-**R**

Le tre norme in esame prescrivono una univoca conseguenza normativa (**I** o non-**I**, a seconda dei casi) per sei di queste circostanze, e precisamente:

2. Se (**C** e **D** e non-**R**), allora non-**I** [ex **N2** e **N3**]
3. Se (**C** e non-**D** e **R**), allora **I** [ex **N1**]
4. Se (**C** e non-**D** e non-**R**), allora non-**I** [ex **N2**]
5. Se (non-**C** e **D** e **R**), allora non-**I** [ex **N3**]
6. Se (non-**C** e **D** e non-**R**), allora non-**I** [ex **N2** e **N3**]
8. Se (non-**C** e non-**D** e non-**R**), allora non-**I** [ex **N2**]

Nella circostanza 1 - che è il caso di un cittadino residente disoccupato - si ha antinomia tra **N1** e **N3**. In virtù di **N1** il cittadino residente, non importa se disoccupato, deve pagare l'imposta. In virtù di **N3** il disoccupato, non importa se cittadino residente, non deve pagare l'imposta.

Nella circostanza 7 - che è il caso di un residente occupato privo di cittadinanza - si ha lacuna. Non è applicabile **N1** che richiede, oltre la residenza, anche la cittadinanza. Non è applicabile **N2** che si riferisce ai non residenti. Non è applicabile **N3** che si riferisce ai disoccupati[9].

[9] E' opportuno sottolineare che il "riconoscimento" di lacune ed antinomie non è un accertamento fattuale. Al contrario, esso dipende: (a) in primo luogo, dal tipo di domande cui si cerca risposta, ovvero dalla fattispecie di cui si cerca la qualificazione (ad esempio, se semplicemente si omette di ipotizzare le circostanze 1 e 7, ritenendole improbabili o irrilevanti, ecco che la lacuna e l'antinomia magicamente scompaiono; per contro, se si considerano rilevanti per la qualificazione della fattispecie altre condizioni, non espressamente previste, come, poniamo,

(A rigore, si dovrebbe aggiungere che le disposizioni in esame presentano un difetto ulteriore. Il fatto che le circostanze 2 e 6 siano disciplinate in modo identico da due norme distinte, N2 e N3, mostra che le relative disposizioni hanno un contenuto normativo ridondante. Ma in questa sede la ridondanza può essere trascurata.)

Non ignoro che, nel caso di specie, - poiché l'esempio non è del tutto felice - la soluzione dell'antinomia e forse anche della lacuna sarebbe ovvia e automatica per qualunque giurista.

L'antinomia può essere agevolmente risolta considerando la disposizione **D1** come regola generale (*lex generalis*) e la disposizione **D3** come eccezione (*lex specialis*). Ciò peraltro richiede una interpretazione non letterale di tali disposizioni. In particolare, occorre intendere **D1** come se contenesse implicita una clausola di eccezione: ne risulterebbe allora la norma

N1 bis: Se (**C** e **R** e non-**D**), allora **I**

secondo cui l'imposta è dovuta dai cittadini residenti purché non disoccupati.

La lacuna, dal canto suo, può essere colmata semplicemente interpretando la disposizione **D1** nel senso che "solo" i cittadini residenti devono pagare l'imposta: ne risulterebbe allora la norma

N1 ter: Solo se (**C** e **R** e non-**D**), allora **I**

Peraltro, non è certo garantito che gli interpreti adottino proprio questa soluzione, giacché ve ne sono altre agevolmente praticabili (ad esempio, si potrebbe pervenire ad un diverso risultato invocando una qualche *ratio legis*, ed estendendo l'obbligo tributario anche ai residenti occupati privi di cittadinanza).

l'età o il sesso dei soggetti in questione, ecco che le lacune si moltiplicano); (b) in secondo luogo, dalle fonti prese in considerazione (può accadere, ad esempio, che una fattispecie non disciplinata da alcuna delle disposizioni in esame, sia tuttavia esaurientemente disciplinata da una disposizione diversa, che in un primo momento era stata tralasciata); (c) in terzo luogo, dal modo in cui si interpretano le fonti prese in considerazione (può accadere che una diversa interpretazione di una o più d'una delle disposizioni in esame semplicemente faccia svanire la lacuna, o l'antinomia, od entrambe).

3. Due modi per colmare le lacune

Di fronte ad una lacuna, i giudici possono procedere alternativamente in due modi.

(I) Talvolta è possibile colmare la lacuna sul terreno dell'interpretazione in senso stretto:

(a) allargando il materiale legislativo preso in considerazione, in modo da trovare (ad esempio, in un'altra fonte) una disposizione idonea ad offrire la norma regolatrice della fattispecie; oppure

(b) modificando la precedente interpretazione (propria od altrui) del materiale legislativo preso in considerazione, ad esempio mediante interpretazione estensiva, evolutiva, o sistematica, in modo da ricavare dalle medesime disposizioni anche la norma regolatrice della fattispecie.

Entrambe queste operazioni possono essere giustificate facendo appello al dogma della completezza del diritto. Questo modo di risolvere le lacune è ritenuto preferibile in quei sistemi giuridici nei quali i poteri sono separati e i giudici non sono competenti a creare diritto.

(II) Spesso però siffatta soluzione, relativamente piana e indolore, non è praticabile, poiché non si trova alcuna interpretazione, persuasivamente argomentabile, che consenta di risolvere il problema. In questi casi, la fattispecie può essere disciplinata soltanto producendo una norma interamente nuova.

D'altra parte, non essendo gli organi dell'applicazione investiti di potere normativo, la creazione giurisprudenziale di diritto viene pudicamente celata in abiti più modesti, e presentata come esplicitazione di norme implicite, ossia come elaborazione di norme che si assumono già esistenti, seppure allo stato latente, nel sistema legislativo.

L'espressione 'integrazione del diritto', strettamente intesa, designa per l'appunto l'elaborazione di norme implicite, onde colmare le lacune. Vale ricordare, peraltro, che - essendo le norme variabili dipendenti dell'interpretazione - non è possibile separare nettamente l'elaborazione di norme nuove dall'interpretazione di disposizioni preesistenti.

Esplicita o espressa è una norma che può essere imputata ad una specifica disposizione come suo significato. Implicita o inespressa è una norma priva di disposizione, ossia non espressamente formulata dal legislatore, ma ricavabile, con qualche procedimento argomentativo, da una norma esplicita o, più spesso, da una combinazione di norme esplicite.

Si dicono argomenti interpretativi quegli argomenti che si adducono per giustificare una decisione interpretativa (una decisione, cioè, relativa all'interpretazione di una certa disposizione)[10]. Possono dirsi argomenti produttivi quegli argomenti che si adducono non in favore di una decisione interpretativa in senso stretto, ma piuttosto per giustificare la produzione di diritto nuovo.

In generale, tali argomenti procedono da norme esplicite, assunte come premesse, e concludono con la formulazione di norme implicite[11]. Ad esempio, muovendo dall'art. 1325, n. 4, cod. civ., il quale indica la forma tra i requisiti essenziali del contratto solo quando ciò sia prescritto dalla legge sotto pena di nullità, si conclude per l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale implicito di libertà delle forme[12].

4. Due modi per risolvere le antinomie

Di fronte ad un'antinomia, i giudici possono procedere in due modi alternativi.

(I) In primo luogo, si può risolvere una antinomia con mezzi puramente interpretativi:

(a) L'antinomia può essere risolta facendo uso del criterio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*)[13]. Adottando questo

[10] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980, cap. VIII.

[11] E' quel che io chiamo: "produzione di norme a mezzo di norme". Cfr. R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio/E. lecaldano (eds.), *Etica e diritto*, Laterza, Bari, 1986; R. Guastini, *A Framework for the Analysis of Judicial Discourse*, in C. Faralli / E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, I, Giuffré, Milano, 1987.

[12] Cfr. N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffré, Milano, 1985; R. Guastini, *In tema di libertà delle forme*, in "Rivista di diritto civile", 32, 1986. Le principali tecniche argomentative impiegate per elaborare norme implicite sono, naturalmente, quelle prescritte dall'art. 12, II c., disp. prel. cod. civ.: analogia e prinсìpi di diritto. Ma anche l'uso dell'argomento *a contrario* può essere configurato come produzione di una norma implicita. Cfr. E. Bulygin, *Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Mulino, Bologna, 1977; R. Guastini, *Production of Rules by Means of Rules*, in "Rechtstheorie", 17, 1986.

[13] Nel nostro ordinamento, tale criterio è prescritto in via generale in materia penale (art. 15 cod. pen.), ed è suggerito talvolta dal legislatore con locuzioni del tipo: "in deroga", "fatte salve le leggi speciali", e simili. Il criterio cosiddetto

criterio, il giudice attribuisce ad una delle norme confliggenti il valore di regola generale, e all'altra il valore di eccezione. Ciò equivale ad aggiungere una clausola di eccezione o di esclusione (clausola ritenuta implicita) alla disposizione che esprime la regola generale, in modo tale che dal suo campo di applicazione fuoriesca la fattispecie disciplinata (diversamente) dalla norma eccezionale.

(b) L'antinomia può essere risolta adottando una interpretazione adeguatrice. Supponiamo che una data disposizione **D** sia suscettibile di due interpretazioni alternative: intesa nel primo modo, essa esprime la norma **N1**; intesa nel secondo modo, essa esprime la norma **N2**. Supponiamo inoltre, che la norma **N1** sia in conflitto con un'altra norma dell'ordinamento, **N3**. Ebbene, si risolve - o piuttosto: si previene l'antinomia - semplicemente interpretando **D** nel senso **N2**, anziché nel senso **N1**[14].

(II) In secondo luogo, si può risolvere una antinomia eliminando una delle due norme in conflitto: secondo i casi, quella cronologicamente successiva (*lex posterior derogat legi priori*), ovvero quella gerarchicamente inferiore (*lex superior derogat legi priori*). Nell'un caso, si "elimina" una norma dell'ordinamento considerandola abrogata; nell'altro caso, la si "elimina" considerandola invalida. In entrambi i casi, una delle norme in conflitto è resa "inefficace",

della competenza - in virtù del quale: in presenza di una separazione "orizzontale" di competenze per materia tra due fonti, la norma proveniente dalla fonte competente prevale sulla norma dettata dalla fonte incompetente - può considerarsi una variante del criterio di specialità. In tal senso ad es. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 109. Il testo fondamentale sul criterio della competenza è tuttora: V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", X, 1960.

[14] E' ciò che fa la Corte costituzionale ogniqualvolta pronuncia una sentenza interpretativa di rigetto (o il giudice di un processo principale allorché respinge una eccezione di illegittimità costituzionale, adducendo che la questione è manifestamente infondata giacché la disposizione sospetta di incostituzionalità è suscettibile di interpretazione conforme a costituzione).
Si fa interpretazione adeguatrice non solo interpretando la legge in senso conforme a costituzione, ma anche, ad esempio, interpretando un decreto legislativo delegato in senso conforme alla legge di delegazione, o anche interpretando un regolamento di esecuzione in senso conforme alla legge relativa. In generale, si fa interpretazione adeguatrice interpretando una fonte qualsiasi in senso conforme alle fonti superiori. Cfr. R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Giappichelli, Torino, II ed., 1989, pp. 79-81.

ossia sottratta (parzialmente[15] o totalmente) all'applicazione.

In tal modo, l'antinomia è risolta non già sul terreno della pura e semplice interpretazione, ma piuttosto sul terreno della produzione giuridica: benché qui, ovviamente, si tratti di una produzione puramente "negativa"[16]. Nessuna norma è aggiunta all'ordinamento, ma una norma è espulsa - parzialmente o totalmente - da esso.

Si osservi che entrambi i criteri - quello cronologico e quello gerarchico - sono suscettibili di due usi distinti, a seconda che li si applichi alla disposizione (antecedente o inferiore), oppure alla norma (espressa da quella disposizione). Nel primo caso, si considera rispettivamente abrogata o invalida la disposizione, che come tale non è più suscettibile di esprimere norme efficaci (salva sempre la irretroattività dell'abrogazione). Nel secondo caso, si considera rispettivamente abrogata o invalida una norma, salva la possibilità della disposizione in questione di esprimere altre norme pienamente efficaci.

---

[15] Così dicendo, alludo al fatto che le norme abrogate conservano una ridotta efficacia o applicabilità, in virtù del principio generale di irretroattività (art. 11, disp. prel. cod. civ.).

[16] Va chiarito che si tratta, qui, di una produzione giurisprudenziale di diritto autorizzata dal diritto stesso. L'abrogazione giurisprudenziale di norme per incompatibilità con norme successive è autorizzata dall'art. 15 disp. prel. cod. civ. L'invalidazione giurisprudenziale di norme regolamentari incompatibili con norme legislative (o costituzionali) è autorizzata dall'art. 4, I c., disp. prel. cod. civ. e (soprattutto) dalle norme che consentono ai giudici amministrativi di annullare norme regolamentari illegittime; l'invalidazione, ad opera della Corte costituzionale e di essa sola, di norme legislative incompatibili con norme costituzionali è autorizzata dagli artt. 134 e 136 cost.

XV.

Due modelli di analisi della sentenza

1. Analisi normativa e analisi pragmatica

Nella letteratura contemporanea - sia dogmatica, sia teorico-generale - si incontrano due modi, stili, o modelli di analisi delle decisioni giudiziarie, due modi cioè di accostare e discutere le sentenze[1].

Convenzionalmente, possiamo chiamare deontologico o normativo il primo modello, e consequenzialista o pragmatico il secondo modello[2].

(1) Il modo normativo o deontologico di analizzare una sentenza - largamente dominante in letteratura - sta, semplicemente, in questo: si muove dalla decisione e si risale agli argomenti addotti per giustificare tale decisione; si muove cioè dal dispositivo per risalire alla motivazione.

L'approccio normativo alla giurisprudenza è interessato a stabi-

---

[1] La stessa dicotomia può istituirsi tra modi di analisi della dottrina.

[2] Le ragioni di questa proposta terminologica saranno subito chiare. La dicotomia adottata nel testo allude ad una nota classificazione delle dottrine morali: si dicono comunemente deontologiche quelle dottrine che fanno dipendere il carattere morale (giusto o ingiusto) di un'azione dalla sua conformità ad una norma o ad un principio; si dicono consequenzialiste quelle dottrine che fanno dipendere il carattere morale di un'azione dalla somma delle sue conseguenze. Cfr. R.T. Garner / B. Rosen, *Moral Philosophy. A Systematic Introduction to Normative Ethics and Meta-ethics*, Macmillan, New York, 1967; J. Wróblewski, *Justification through Principles and Justification through Consequences*, in C. Faralli/E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, I, Giuffré, Milano, 1987.

lire in qual modo la decisione sia fondata, e in particolare: se sia o non sia fondata su una norma e, in caso affermativo, su quale norma sia fondata.

Generalmente (ma non necessariamente) chi adotta questo stile di analisi non lo fa in vista di un censimento imparziale delle tecniche argomentative di fatto impiegate dai giudici, ma lo fa in vista del valutare se ogni decisione sia o non sia "giustificata" nel senso forte e valutativo della parola, cioè ben fondata[3].

(2) Il modo pragmatico o consequenzialista di analizzare una sentenza consiste in questo: si prendono le mosse dalla decisione non per risalire alla sua fondazione normativa, ma piuttosto per svolgerne le conseguenze (politiche, sociali, economiche), gli esiti pratici.

Più precisamente, si muove dalla decisione per indagare: (a) da un lato, quali effetti essa, singolarmente presa, abbia prodotto o sia per produrre; (b) dall'altro lato, quali effetti essa possa eventualmente produrre qualora sia iterata e generalizzata.

Insomma, l'approccio pragmatico alla giurisprudenza è interessato a scoprire non tanto se e in qual modo una decisione sia normativamente giustificata, ma piuttosto a quale interesse o classe di interessi la decisione abbia, di fatto, offerto tutela giurisdizionale (eventualmente in modo inconsapevole).

E' evidente, credo, che i due approcci non sono mutuamente esclusivi. Al contrario, essi possono benissimo convivere e congiungersi in una analisi meta-giurisprudenziale che potremmo dire integrata. Di fatto, però, chi è incline ad adottare il primo modello generalmente non mostra interesse per il secondo, e viceversa: con poche eccezioni[4].

---

[3] Si può dire che una decisione sia giustificata in tre sensi diversi di 'giustificare'. In un primo senso, debole e descrittivo, una decisione è giustificata se in favore di essa sono state addotte delle ragioni. In un secondo senso, forte e descrittivo, una decisione è giustificata se in suo favore sono state addotte ragioni che di fatto hanno convinto, o prevedibilmente convinceranno, un uditorio. In un terzo senso, forte e valutativo, una decisione è giustificata se in suo favore sono state addotte ragioni che il parlante stesso considera buone o convincenti. Cfr. R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

[4] L'eccezione più significativa può trovarsi nelle opere di Giovanni Tarello, ad esempio in *Tecniche interpretative e referendum popolare* (1978), ora in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988. In verità, Tarello è stato un maestro sia di analisi normativa (cfr. soprattutto *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, spec. cap. VIII, sull'argomentazione dell'interpretazione), sia di analisi pragmatica (cfr. ad es. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, Milano, II ed., 1972, che è un saggio di analisi consequenzialista di tesi dottrinali).

2. Analisi normativa e formalismo

Storicamente vi è una stretta connessione (non logica, tuttavia, e pertanto neppure necessaria) tra analisi normativa della giurisprudenza e formalismo giuridico, in uno dei sensi di questa espressione. Intendo qui con 'formalismo giuridico' (non già la lodevole inclinazione all'interpretazione letterale, bensì) quel modo di pensare, secondo il quale:

(1) I documenti legislativi (e in genere le fonti del diritto) incorporano un univoco significato normativo, precostituito alle attività di concettualizzazione, sistemazione, interpretazione, e applicazione dei giuristi e dei giudici (talché, fra l'altro, non ha senso distinguere tra enunciato normativo e norma).

(2) Per conseguenza, l'interpretazione è conoscenza, non produzione, di norme. Il discorso degli interpreti è un discorso scientifico, che può essere giudicato vero o falso.

(3) Fare il diritto è cosa diversa dall'applicarlo. La creazione di diritto è attività dotata di un contenuto altamente discrezionale (politico). L'applicazione di diritto, al contrario, è un'attività tecnica, che non comporta valutazioni e decisioni politiche.

(4) L'attività giurisdizionale si avvale di norme precostituite (depositate in disposizioni legislative, o in precedenti giurisprudenziali, qui poco importa), come tali suscettibili di conoscenza e conseguente applicazione.

(5) Pertanto, si può distinguere tra applicazione fedele e disapplicazione di norme da parte dei giudici. Costoro possono, se vogliono, limitarsi ad applicare fedelmente norme precostituite.

Spesso il formalismo si accompagna alla credenza che i giudici, di fatto, si limitino proprio a far questo: applicare fedelmente norme precostituite, se non sempre, almeno nella maggioranza dei casi. Spesso, inoltre, il formalismo fa sua la preferenza ideologica - illusoria, ma del tutto rispettabile - che i giudici debbano fare proprio questo e null'altro che questo: applicare fedelmente norme che trovano già bell'e fatte e rifinite ad opera del legislatore (o, eventualmente, ad opera di altri giudici autorevoli)[5].

---

[5] Cfr. H.L.A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Night-*

Non sfuggirà che siffatto modo di pensare (da me esposto in modo un po' grossolano) sta a fondamento non solo di una dottrina dell'interpretazione e dell'applicazione, ma anche di importanti istituti vigenti, quali: la divisione dei poteri, il controllo di cassazione sulla "falsa" o "inesatta" *applicazione* della legge, i controlli di legittimità in genere (non escluso quello di legittimità costituzionale).

In generale, il modello normativo tende a risolversi nella ricostruzione logica del ragionamento compiuto (o comunque esibito) dal giudice[6].

Quando però, come spesso accade, si congiunge ad una dottrina formalista dell'applicazione, l'analisi normativa della giurisprudenza muove dall'assunto che i giudici compiano dei sillogismi decisori, o che, comunque, il ragionamento di ogni giudice, anche quando non mostra in superficie un andamento sillogistico, possa tuttavia essere ridotto ad un sillogismo o ad una catena di sillogismi[7].

Su questo assunto, l'analisi normativa della sentenza è diretta, principalmente, a identificare la norma o le norme alle quali si suppone la decisione abbia dato applicazione: cioè le premesse normative del cosiddetto sillogismo giudiziale.

3. Usi dell'analisi normativa

A quali usi si presta il modello di analisi normativo o deontologico in questa sua variante formalistica?

(1) Un primo uso, ovvio, dell'analisi normativa è la rappresentazione dogmatica del diritto come un sistema di "norme valide", suscettibili di conoscenza e di conseguente applicazione.

Per chiarire in che consista ciò che ho chiamato rappresentazione dogmatica delle norme valide, occorrerebbe un'analisi logica

---

mare and the Noble Dream (1977), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, spec. 132 ss.

[6] Cfr. ad es. J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, II ed. 1983.

[7] Cfr. ad es. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978. Il ragionamento giudiziale consisterebbe in un sillogismo pratico nel quale: premessa maggiore è una norma generale (es. "Tutti i proprietari di cani devono pagare una certa imposta"), premessa minore l'accertamento di una fattispecie concreta (es. "Il tale è proprietario di un cane"), conclusione un precetto individuale (es. "Il tale deve pagare quella data imposta").

del discorso dei giuristi piuttosto complessa. Ad ogni modo, il punto centrale è questo: ha carattere dogmatico quella descrizione del diritto che si fa mediante enunciati normativi (o, in termini tecnici, mediante enunciati deontici). Cioè mediante enunciati formulati in termini di 'dovere' e 'potere': enunciati che riecheggiano (o iterano) il discorso prescrittivo del legislatore. Enunciati, insomma, che non descrivono fatti, e *prima facie* non descrivono neppure norme, ma piuttosto esprimono norme: ossia dicono ciò che il tale o talaltro soggetto (le parti, il giudice) può, deve, o non deve fare.

(2) Un secondo uso, altrettanto ovvio, dell'analisi normativa è ciò che comunemente si chiama l'argomentazione in diritto, allo scopo di persuadere un giudice. L'argomentazione in diritto è, tipicamente, quel tipo di argomentazione che consiste nel fare appello a norme: non, ad esempio, ai fini che al giudice paiono desiderabili o che comunque il giudice dovrebbe perseguire, bensì a norme, che si assumono preesistenti, e che il giudice dovrebbe fedelmente applicare[8].

La forza persuasiva di una argomentazione cosiffatta dipende, ovviamente, dallo stato della cultura giuridica in un dato luogo e in un dato frangente: in particolare, dipende dagli atteggiamenti diffusi in seno al ceto giudiziario.

L'argomentazione a partire da norme (sarebbe meglio dire: non da norme, ma da formulazioni di norme) ha qualche probabilità di successo di fronte a giudici che abbiano fatto propria l'ideologia della fedeltà alla legge (e/o al precedente autorevole). Mentre ha probabilità di successo piuttosto scarse in presenza di un ceto giudiziario orientato a perseguire comunque determinate *policies* sue proprie (non necessariamente coincidenti o congruenti con quelle perseguite dalle mutevoli maggioranze politiche che si avvicendano in seno agli organi legislativi).

(3) Un uso, cui invece questo tipo di analisi non si presta, è quello predittivo. L'analisi normativa, cioè, non serve a prevedere quali decisioni i giudici adotteranno in occasioni future. Serve, tutt'al più, a prevedere in qual modo i giudici in futuro argomenteranno.

Ad esempio, in presenza di un ceto giudiziario devoto al precedente della Cassazione, si può prevedere che nelle sentenze dei giudici di merito si troveranno formali ossequi ai precedenti di Cassazione e, quindi, iterazioni delle formule usate dalla Cassazione nelle

---

[8] Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano, 1962, capp. III, IV, e V, spec. pp. 158-159 e 241-242.

sue pronunce (eventualmente iterazioni delle massime). Ma ciò che per questa via si riesce a prevedere è, appunto, il modo in cui le decisioni future saranno argomentate: e non invece quale contenuto concretamente avranno.

4. Risultati dell'analisi normativa

Come ho detto, tuttavia, la connessione tra il modello normativo di analisi della giurisprudenza e la dottrina formalistica dell'applicazione è solo contingente, non necessaria.

Proprio l'analisi normativa ha mostrato come sia possibile e utile distinguere tra diversi livelli di argomentazione: in particolare tra giustificazione interna e giustificazione esterna della decisione giurisdizionale[9]. Si dice 'giustificazione interna' l'insieme delle premesse (normative e fattuali) che sono immediatamente connesse alla decisione. Si dice 'giustificazione esterna' l'insieme degli ulteriori argomenti che si adducono in favore della scelta delle premesse medesime. In altre parole, costituiscono giustificazione interna della decisione: (a) la norma o le norme cui si dà applicazione; (b) la qualificazione della fattispecie su cui si controverte. Costituiscono invece giustificazione esterna, o meta-giustificazione, della decisione: (c) gli argomenti invocati per giustificare la scelta di quelle, e non altre, norme cui dare applicazione; (d) gli argomenti addotti per giustificare quella, e non un'altra possibile, qualificazione della fattispecie.

Ebbene, l'analisi deontologica congiunta al formalismo giuridico predilige, come si è detto, la giustificazione interna della decisione ed è interessata, in particolare, ad identificare le sue premesse normative. Al contrario, l'analisi deontologica disgiunta da pregiudizi formalistici è più interessata alla giustificazione esterna.

La variante non formalistica del modello normativo ha offerto negli ultimi anni alcuni tra i più importanti contributi all'analisi del ragionamento giudiziale. Per esempio:

(1) Si sono censite e analizzate le tecniche di argomentazione persuasiva effettivamente adottate, nella cultura giuridica europea continentale, per giustificare una decisione interpretativa (del tipo: "La tale disposizione esprime la norma A, e non invece la norma B", ovvero "La tale fattispecie ricade nel campo di applicazione della disposizione A, e non della disposizione B")[10].

(2) Si è teorizzata la distinzione - e si è problematizzato il rapporto - tra formulazioni normative (contenute in fonti o in precedenti giurisprudenziali) e significati normativi ricavati dalle formulazioni per via di interpretazione.

(3) Si è tracciata (sia pure con una certa approssimazione) una linea di demarcazione tra interpretazione delle fonti e integrazione del diritto (concettualmente, altro è attribuire significato ad un testo, ad esempio, legislativo, altro formulare norme nuove non riconducibili ad un testo preesistente come loro significato).

5. Presupposti dell'analisi pragmatica

I presupposti e i fondamenti del modello pragmatico o consequenzialista di analisi della giurisprudenza si risolvono, per lo più, in altrettante critiche all'approccio normativo, specie nella sua variante formalistica[11]. Ecco qui di seguito alcune delle tesi che sorreggono

---

[9] Cfr. ad es. J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale* (1974), trad. it. in P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giudiziale. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

[10] E' esemplare, a questo riguardo, il lavoro compiuto da Tarello intorno alle tecniche di argomentazione delle decisioni interpretative: cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, spec. parte IV; Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit. Si vedano inoltre: G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Estratto dai lavori della ricerca sulla "Argomentazione giuridica" patrocinata dal C.N.R., Torino, 1970; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova, 1975; C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica* (1976), trad. it Giuffré, Milano, 1979.

[11] L'analisi pragmatica della giurisprudenza è sempre stata predicata e praticata dall'ala "strumentalista" della cultura giuridica americana, cioè principalmente dai realisti (e, oggi, dai cultori di *law and economics* o, come pure si dice, di *economic analysis of law*). Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit.; R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell U.P., Ithaca-London, 1982. Aggiungi R. Bowles, *Diritto e economia* (1982), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1985; A.M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), trad. it. Zanichelli, Bologna, 1986; P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in F. Gentile (ed.), *Interpretazione e decisione - Diritto ed economia*, Società italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XVI congresso nazionale, Giuffré, Milano, 1989; P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto negli Stati uniti d'America. Studio di metagiurisprudenza analitica*, Dottorato di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto,

sue pronunce (eventualmente iterazioni delle massime). Ma ciò che per questa via si riesce a prevedere è, appunto, il modo in cui le decisioni future saranno argomentate: e non invece quale contenuto concretamente avranno.

4. Risultati dell'analisi normativa

Come ho detto, tuttavia, la connessione tra il modello normativo di analisi della giurisprudenza e la dottrina formalistica dell'applicazione è solo contingente, non necessaria.

Proprio l'analisi normativa ha mostrato come sia possibile e utile distinguere tra diversi livelli di argomentazione: in particolare tra giustificazione interna e giustificazione esterna della decisione giurisdizionale[9]. Si dice 'giustificazione interna' l'insieme delle premesse (normative e fattuali) che sono immediatamente connesse alla decisione. Si dice 'giustificazione esterna' l'insieme degli ulteriori argomenti che si adducono in favore della scelta delle premesse medesime. In altre parole, costituiscono giustificazione interna della decisione: (a) la norma o le norme cui si dà applicazione; (b) la qualificazione della fattispecie su cui si controverte. Costituiscono invece giustificazione esterna, o meta-giustificazione, della decisione: (c) gli argomenti invocati per giustificare la scelta di quelle, e non altre, norme cui dare applicazione; (d) gli argomenti addotti per giustificare quella, e non un'altra possibile, qualificazione della fattispecie.

Ebbene, l'analisi deontologica congiunta al formalismo giuridico predilige, come si è detto, la giustificazione interna della decisione ed è interessata, in particolare, ad identificare le sue premesse normative. Al contrario, l'analisi deontologica disgiunta da pregiudizi formalistici è più interessata alla giustificazione esterna.

La variante non formalistica del modello normativo ha offerto negli ultimi anni alcuni tra i più importanti contributi all'analisi del ragionamento giudiziale. Per esempio:

(1) Si sono censite e analizzate le tecniche di argomentazione persuasiva effettivamente adottate, nella cultura giuridica europea continentale, per giustificare una decisione interpretativa (del tipo:

[9] Cfr. ad es. J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale* (1974), trad. it. in P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giudiziale. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

"La tale disposizione esprime la norma A, e non invece la norma B", ovvero "La tale fattispecie ricade nel campo di applicazione della disposizione A, e non della disposizione B")[10].

(2) Si è teorizzata la distinzione - e si è problematizzato il rapporto - tra formulazioni normative (contenute in fonti o in precedenti giurisprudenziali) e significati normativi ricavati dalle formulazioni per via di interpretazione.

(3) Si è tracciata (sia pure con una certa approssimazione) una linea di demarcazione tra interpretazione delle fonti e integrazione del diritto (concettualmente, altro è attribuire significato ad un testo, ad esempio, legislativo, altro formulare norme nuove non riconducibili ad un testo preesistente come loro significato).

5. Presupposti dell'analisi pragmatica

I presupposti e i fondamenti del modello pragmatico o consequenzialista di analisi della giurisprudenza si risolvono, per lo più, in altrettante critiche all'approccio normativo, specie nella sua variante formalistica[11]. Ecco qui di seguito alcune delle tesi che sorreggono

[10] E' esemplare, a questo riguardo, il lavoro compiuto da Tarello intorno alle tecniche di argomentazione delle decisioni interpretative: cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, spec. parte IV; Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit. Si vedano inoltre: G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Estratto dai lavori della ricerca sulla "Argomentazione giuridica" patrocinata dal C.N.R., Torino, 1970; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova, 1975; C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica* (1976), trad. it Giuffré, Milano, 1979.

[11] L'analisi pragmatica della giurisprudenza è sempre stata predicata e praticata dall'ala "strumentalista" della cultura giuridica americana, cioè principalmente dai realisti (e, oggi, dai cultori di *law and economics* o, come pure si dice, di *economic analysis of law*). Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit.; R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell U.P., Ithaca-London, 1982. Aggiungi R. Bowles, *Diritto e economia* (1982), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1985; A.M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), trad. it. Zanichelli, Bologna, 1986; P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in F. Gentile (ed.), *Interpretazione e decisione - Diritto ed economia*, Società italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XVI congresso nazionale, Giuffré, Milano, 1989; P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto negli Stati uniti d'America. Studio di metagiurisprudenza analitica*, Dottorato di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto,

l'approccio pragmatico alla giurisprudenza:

(1) In primo luogo, non è per nulla detto che, nella realtà, i giudici davvero procedano come i formalisti vorrebbero, ossia: prima individuando una norma applicabile alla fattispecie, e poi, da questa, deducendo la decisione.

E' probabile, al contrario, che - almeno in molte circostanze - i giudici procedano in modo (per così dire) inverso: prima decidano la soluzione della controversia (rappresentandosi in modo più o meno esauriente le conseguenze pratiche della loro decisione), e poi ne escogitino la giustificazione normativa, facendo appello ad una fonte o ad un precedente scelti *ad hoc*.

Si noti che, da questo punto di vista, la premessa minore del cosiddetto sillogismo giudiziale - ossia la qualificazione della fattispecie - è antecedente, ed ha comunque una preminenza, rispetto alla fondazione normativa[12].

Ora, la questione: in quale modo i giudici ragionino nella realtà - a partire da norme, o a partire da fini, tenendo in conto o trascurando le conseguenze prevedibili delle decisioni - è sì una questione psicologica, ma non per questo occorre l'introspezione o la psicoanalisi per rispondervi. Si può rispondere sperimentalmente a questa domanda, osservando da quali tipi di argomentazioni (deontologiche o teleologiche, formalistiche o utilitaristiche) di fatto i giudici si lascino persuadere.

(2) In secondo luogo, qualunque cosa i giudici dicano di fare o credano di fare, ogni formulazione normativa - non importa se contenuta in una fonte o in una precedente pronuncia giurisdizionale - si presta fatalmente ad una molteplicità di interpretazioni diverse e (perciò) ad una varietà di applicazioni confliggenti.

Tesi, Milano, 1990; Id., *American Law and Economics: Implementing Constructive Realism*, in "Annali Giurisprudenza Genova", 23, 1989-90; Id., *L'analisi economica del diritto negli Stati uniti d'America. Studio di metagiurisprudenza analitica*, Dottorato di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Tesi, Milano, 1990; Id., *Analisi economica del diritto, formularismo, realismo*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1990; Id., *Origini e diffusione dell'analisi economica del diritto negli Stati Uniti: le indagini "positive" di Richard Posner*, in P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1991; Id., *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992 (in corso di stampa).

[12] G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 189 ss.

In questo senso non si danno mai norme precostituite all'attività di interpretazione e di applicazione. Ciò che è precostituito alle decisioni giurisdizionali sono (soltanto) delle espressioni in lingua, più o meno elastiche (cioè semanticamente indeterminate).

Talché la fedeltà (l'ossequio) ad una preesistente formulazione normativa (fonte o precedente che sia) può celare - e spesso, di fatto, cela - decisioni sostanzialmente difformi: difformi per ciò che attiene al loro "contenuto", ossia - fuor di metafora - per ciò che attiene ai loro esiti pratici (politici, sociali, economici).

Tra l'altro, per ciò che riguarda in particolare i precedenti giurisprudenziali, da una ed una sola decisione di una controversia determinata notoriamente si possono ricavare non una sola norma o massima, che funga da precedente, ma una pluralità di norme o massime, tutte egualmente utilizzabili per fondare normativamente altre decisioni[13].

E reciprocamente: data la formulazione normativa di un precedente (data una massima o alcunché del genere), questa può essere usata quale argomento in favore di decisioni disparate e anche contrastanti (quanto ad esiti pratici) con la decisione da cui il precedente è nato.

Anche sotto questo profilo, ciò che è significativo in motivazione è piuttosto la qualificazione della fattispecie che non la formulazione normativa addotta a fondamento della decisione.

(3) In terzo luogo, è futile prevedere in qual modo i giudici argomenteranno le loro decisioni, senza tuttavia essere in grado di prevederne il contenuto. La dissociazione tra argomenti normativi addotti e contenuto concreto appare fatale, se si conviene che una stessa formulazione normativa sia suscettibile di una pluralità di interpretazioni e applicazioni anche tra loro confliggenti.

(4) A queste tre assunzioni, proprie dell'analisi pragmatica, talvolta se ne accompagna una quarta. La quarta assunzione è una preferenza ideologica (una politica *de sententia ferenda*): è preferibile che i giudici decidano in vista dei risultati delle loro decisioni, piuttosto che deducendo ciecamente le decisioni dalle formulazioni normative che trovano già fatte (fatte dal legislatore o da altri giudici).

E' "cieca" in questo senso quella decisione che viene adottata senza prima rappresentarsi i suoi prevedibili effetti pratici (ad esempio, nel campo della responsabilità civile, i suoi effetti economici).

---

[13] G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 162 ss.

6. Usi dell'analisi pragmatica

A quali usi si presta lo stile consequenzialista o pragmatico di analisi della giurisprudenza? Molto in breve:

(a) Anzitutto, l'analisi consequenzialista non si presta ad una rappresentazione dogmatica delle norme valide, che i giudici dovrebbero applicare: per la buona ragione che, entro questo modo di vedere, "norme" precostituite al giudizio giurisdizionale non se ne danno. Non si presta cioè a fondare un discorso prescrittivo (deontologico) intorno a ciò che i giudici dovrebbero fare. L'analisi pragmatica si presta invece ad una descrizione empirica di ciò che i giudici effettivamente fanno.

(b) Inoltre, il risultato più ovvio dell'adozione di uno stile di analisi consequenzialista è l'inclinazione a sottoporre la giurisprudenza ad indagine sociologica e/o economica (ad esempio, lo stile consequenzialista favorisce l'analisi delle decisioni sotto il profilo della allocazione di costi e benefici).

(c) Dal punto di vista dell'argomentazione, lo stile pragmatico tende ad accreditare argomentazioni di tipo teleologico (utilitaristico, consequenzialistico), anziché deontologico: argomentazioni che facciano appello a finalità pratiche, ovvero ai risultati prevedibili delle decisioni, piuttosto che alle norme (non importa se legislative o giurisprudenziali). Tende a favorire «quella forma di certezza che non consiste nella mera sicurezza che i giudici adotteranno un certo tipo di fraseologia ma consiste invece nella possibilità di prevedere quali scelte i giudici compiranno essendo dato un indirizzo politico»[14].

S'intende che la tecnica argomentativa, che è implicitamente suggerita da questo modo di vedere, può avere successo o non averne affatto, a seconda del tipo di cultura giuridica, o politica, diffusa presso il ceto giudiziario, a seconda del tipo di argomenti (in base a norme, o in base a *policies*) cui i giudici sono sensibili.

(d) Analogamente, infine, questo stile di analisi può essere dotato di grande capacità predittiva delle decisioni, o non averne affatto, a seconda delle circostanze. E' chiaro, infatti, che le decisioni (e non le argomentazioni) dei giudici sono prevedibili se i giudici sono inclini ad attuare una determinata *policy* (che, s'intende, sia conosciuta); sono imprevedibili se i giudici preferiscono adottare decisioni "ciecamente" fondate su norme.

---

[14] G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 247, in nota.

XVI.

Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione

1. I diritti soggettivi costituzionali: un'analisi preliminare

Si dice 'diritto soggettivo' una situazione di vantaggio conferita ad un soggetto da una norma giuridica.

Evidentemente, un diritto soggettivo può essere conferito da norme le più diverse dal punto di vista della fonte di provenienza. Pertanto, in linea di principio, si possono classificare i diritti soggettivi secondo la fonte da cui discendono. Per esempio, si può distinguere tra: diritti soggettivi "contrattuali", diritti soggettivi "legali", e diritti soggettivi "costituzionali". Un diritto "contrattuale" è un diritto che trova la sua fonte nel contratto, ossia in un atto di autonomia privata. Un diritto "legale" è un diritto che è stato conferito ad un soggetto da una norma legislativa, ossia da una norma provvista della "forza di legge". Un diritto costituzionale, a sua volta, è un diritto che è stato conferito ad un soggetto da una norma costituzionale, cioè da una norma posta su di un piano "superiore" (se non altro in senso assiologico) rispetto alla legge.

E' evidente, d'altro canto, che tale distinzione - in particolare quella tra diritti "legali" e diritti "costituzionali" - non riveste alcuna importanza pratica nei sistemi giuridici a costituzione flessibile. In questi sistemi, la legge ordinaria, essendo collocata sul medesimo li-

vello gerarchico delle leggi costituzionali, è autorizzata a modificare o abrogare norme costituzionali: dunque, il legislatore è autorizzato a limitare o sopprimere sia i diritti legali (quei diritti che la legge stessa ha conferito), sia i diritti costituzionali.

Per contro, la distinzione tra diritti legali e diritti costituzionali riveste una importanza fondamentale nei sistemi giuridici a costituzione rigida. Giacché, se la costituzione è rigida, la legge ordinaria è gerarchicamente subordinata ad essa, e pertanto non è autorizzata a modificare o abrogare norme costituzionali. In tali circostanze, un diritto soggettivo costituzionale non può essere limitato, modificato, o soppresso dalle leggi ordinarie (le quali invece possono ben sopprimere un diritto legale).

In altri termini, nei sistemi a costituzione rigida, i diritti soggettivi conferiti dalla costituzione (o da una legge formalmente costituzionale) sono caratterizzati da una particolare capacità di "resistenza", da una protezione tutt'affatto speciale. Sono diritti che il legislatore ordinario (in quanto contrapposto al legislatore costituente o costituzionale) non è autorizzato a limitare, modificare, o sopprimere.

Un diritto soggettivo altro non è che un vantaggio conferito ad un soggetto (o ad una classe di soggetti) nei confronti di un altro soggetto (o di un'altra classe di soggetti) cui è imposto un dovere (un obbligo) corrispondente. Si può dire che un certo diritto sia un diritto soggettivo "privato", allorché è conferito ad un individuo nei confronti di (o contro) un altro individuo privato. Si può dire invece che un certo diritto sia un diritto soggettivo "pubblico", allorché è conferito ad un individuo nei confronti dello Stato. Ora, i diritti soggettivi conferiti dalla costituzione sono essenzialmente diritti soggettivi pubblici: ossia diritti conferiti ai cittadini verso (contro) lo Stato.

Avere un diritto soggettivo nei confronti di un certo soggetto significa poter pretendere da questo soggetto un dato comportamento: è questo il "contenuto" del diritto soggettivo. Il contenuto di un diritto non è altro che il comportamento che il titolare del diritto può esigere da parte di un altro soggetto.

Per ciò che concerne i diritti pubblici costituzionali, nella maggior parte dei casi, il contenuto del diritto è non già una azione, ma piuttosto una omissione, una astensione, dello Stato. Per esempio, non è che i cittadini, allorché hanno il diritto costituzionale di riunione, possano pretendere che lo Stato compia un'azione qualunque: possono solo esigere che lo Stato non proibisca (mediante atti giuridici) né impedisca (mediante atti materiali) le riunioni di cittadini.

I diritti pubblici costituzionali, il cui contenuto è una astensione dello Stato, sono comunemente detti "diritti di libertà". 'Libertà', infatti, significa (nel linguaggio comune) assenza di ostacoli: colui che gode di un diritto di libertà può esigere di non essere ostacolato nel compimento di una data azione (o nell'omissione di una data azione).

2. Il problema della garanzia dei diritti costituzionali e la separazione dei poteri

Nel linguaggio politico comune, si parla di "garanzie" dei diritti in modo del tutto generico e impreciso. Si dice, ad esempio, che un certo diritto è "garantito" dalla costituzione allorché tale diritto è semplicemente proclamato, con parole solenni, nel testo costituzionale.

Ma siffatto uso linguistico, evidentemente, ha il difetto di non distinguere tra la attribuzione di un diritto e la protezione di questo stesso diritto. Un diritto costituzionale può essere conferito, o attribuito, ma ciò di per sé non comporta che tale diritto sia altresì garantito, protetto, tutelato. Ad esempio, una disposizione costituzionale del seguente tenore: "Ciascun cittadino può [...] parlare, scrivere, stampare liberamente" (art. 10, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1789), sicuramente accorda ai cittadini certi diritti soggettivi, ma non si può dire che tali diritti siano per ciò stesso anche garantiti o protetti. Altro è proclamare che "La libertà personale è inviolabile" (art. 13, I c., Cost.), altro è mettere in opera dei meccanismi idonei ad assicurare l'osservanza di tale principio (art. 13, II c., Cost.).

Una garanzia è precisamente una protezione. Le garanzie dei diritti costituzionali sono protezioni dei diritti dei cittadini contro lo Stato: altrettante "barriere" interposte tra il potere statale e la libertà dei cittadini.

A partire da Locke e Montesquieu, si è diffusa l'idea che la garanzia fondamentale dei diritti di libertà sia la "separazione dei poteri". Questo modo di vedere è stato consacrato dalla Dichiarazione del 1789 che, all'art. 16, proclamava: "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non sia assicurata, e in cui la separazione dei poteri non sia determinata, non ha una costituzione". Ora, le idee fondamentali soggiacenti alla dottrina della separazione dei poteri sono le seguenti.

In primo luogo: divisione del potere statale. Il potere statale (il potere politico, considerato nel suo complesso) deve essere diviso, frammentato. Se tutto il potere politico fosse concentrato nelle mani

di un solo organo (o di un solo individuo), tale organo sarebbe evidentemente molto potente, disporrebbe di un grande potere. Per contro, se il potere politico è frammentato e diviso tra una pluralità di organi (o di individui), ciascun organo dispone necessariamente di un potere più piccolo, più debole, meno penetrante, meno invadente.

In secondo luogo: *checks and balances*, ovvero (con le parole di Montesquieu) "il potere ferma il potere". Allorché il potere politico è diviso tra una pluralità di organi, diviene possibile che questi organi esercitino un controllo reciproco gli uni sugli altri, che si ostacolino a vicenda nell'esercizio dei rispettivi poteri. Ciò rende più difficile per ciascun organo sia l'esercizio sia l'abuso del potere di cui dispone, e rende dunque più difficile qualunque attentato alle libertà dei cittadini.

Dunque, la cosiddetta "separazione dei poteri" è una garanzia che produce i suoi effetti nei confronti del potere politico (del potere statale) nel suo insieme. Essa è un mezzo per limitare il potere politico in generale.

Tuttavia, allorché le funzioni fondamentali dello Stato (la funzione legislativa, la funzione di governo, e la funzione giurisdizionale) sono separate e attribuite ad organi diversi, nasce un problema nuovo, che è poi il problema fondamentale del costituzionalismo. Si tratta del problema di costruire delle garanzie contro ciascuno dei tre poteri isolatamente preso, contro ciascuno degli organi che sono titolari delle diverse funzioni statali.

La separazione dei poteri agisce contro lo Stato in quanto tale. Ma occorre anche trovare delle garanzie specifiche contro il legislativo, delle altre garanzie contro il governo, e delle altre garanzie ancora contro il giudiziario.

Nei paragrafi seguenti (da 3 a 5) mi propongo di descrivere in modo molto succinto le garanzie dei diritti di libertà predisposte dalla costituzione italiana vigente. Nell'ultimo paragrafo, solleverò un problema che appartiene, al tempo stesso, sia alla teoria generale del diritto, sia alla politica costituzionale[1].

[1] Il discorso qui svolto non si estende ai diritti costituzionali cosiddetti "sociali". I diritti sociali sono situazioni soggettive che si differenziano dai diritti di libertà sotto almeno tre profili salienti. (a) In primo luogo, il contenuto di un diritto sociale è non già una omissione, ma una azione da parte dello Stato; ad esempio, è fatto obbligo allo Stato di "tutelare la salute" (art. 32, I c., Cost.), o di "tutelare il lavoro" (art. 35, I c., Cost.). (b) In secondo luogo, però, l'azione richiesta allo Stato è del tutto indeterminata; per esempio, molti e diversi sono i possibili modi di tutelare la salute o il lavoro. (c) In terzo luogo, e per conseguenza, i diritti sociali non sono assistiti da specifiche garanzie; per esempio, non si può ricorrere al giudice per ottenere una sentenza che condanni lo Stato ad adottare uno specifico provvedimento a tutela della salute o del lavoro. I diritti sociali, in altre parole, sono situazioni soggettive (cui è lecito dubitare che convenga il nome di "diritti") conferite da disposizioni costituzionali di carattere meramente programmatico: disposizioni, cioè, che si rivolgono, secondo i casi, al legislatore o allo Stato nel suo insieme, raccomandando la realizzazione di un qualche programma sociale od economico.

3. Garanzie contro il potere legislativo

Nella costituzione italiana, si possono trovare principalmente tre garanzie che producono il loro effetto nei confronti del potere legislativo:

(1) La prima garanzia non è altro che la rigidità stessa della costituzione: più precisamente, la prescrizione di una procedura speciale, "aggravata", per la revisione della costituzione (art. 138 Cost.). In virtù di siffatta prescrizione, il potere legislativo "ordinario" (e dunque una semplice maggioranza parlamentare) non è autorizzato ad abrogare o a modificare la costituzione: pertanto, il potere legislativo non può limitare o sopprimere alcun diritto soggettivo costituzionale (se non mediante quella procedura speciale, destinata a rendere complessa e perciò difficile la revisione della costituzione)[2].

D'altra parte, questa prima garanzia, evidentemente, non avrebbe alcuna efficacia pratica se non vi fosse alcun organo autorizzato a controllare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie, cioè la loro conformità alle norme costituzionali. Se nessun organo del genere fosse previsto, il divieto di modificare la costituzione me-

[2] In astratto, si potrebbe immaginare una garanzia ulteriore: il divieto *tout-court* di modificare la costituzione. In presenza di un tale divieto, il legislatore non sarebbe autorizzato ad abrogare o modificare in alcun modo i diritti soggettivi costituzionali dei cittadini. Tuttavia, è assai raro che una costituzione proibisca interamente la sua revisione. Per contro, vi sono molte costituzioni che proibiscono la modificazione solo di certe parti della costituzione stessa. Di fatto, la costituzione italiana vigente (come pure la costituzione francese della "Quinta repubblica") vieta solo di modificare la forma repubblicana di governo (art. 139 Cost.). Ciò, evidentemente, non tocca direttamente i diritti soggettivi dei cittadini. Le norme costituzionali che conferiscono diritti soggettivi ai cittadini possono essere abrogate o modificate. Va segnalato, peraltro, che è alquanto diffusa, in Italia, una opinione dottrinale diversa (legata alla teoria della cosiddetta "costituzione materiale") secondo cui sarebbero implicitamente sottratti a revisione costituzionale i "diritti fondamentali" menzionati dall'art. 2 Cost.

diante semplici leggi ordinarie sarebbe un divieto sprovvisto di qualunque sanzione; più precisamente, la violazione del divieto non avrebbe rimedio.

(2) La seconda garanzia contro il potere legislativo è precisamente il controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi ordinarie, affidato alla Corte costituzionale (artt. 134 ss. Cost.). Come accade nella maggior parte dei casi, anche in Italia tale controllo è esercitato da un organo giurisdizionale (così è negli Stati Uniti, nella Repubblica Federale Tedesca, in Spagna, etc.). Conviene qui ricordare due distinzioni fondamentali tra i diversi sistemi di controllo di costituzionalità.

Da un lato, il controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi può essere preventivo (a priori) o successivo (a posteriori). Nel primo caso (è il caso della Francia), in linea di principio una legge incostituzionale non può neppure entrare in vigore. Abitualmente, il controllo di costituzionalità a priori è esercitato da un organo non giurisdizionale, ma politico. Nel secondo caso (è il caso dell'Italia, degli Stati Uniti, etc.), per contro, una legge incostituzionale può entrare in vigore, e anche essere applicata per lungo tempo prima che sia dichiarata incostituzionale: può anche accadere che la illegittimità costituzionale di una legge non sia mai riconosciuta e dichiarata. Abitualmente, il controllo a posteriori è esercitato da organi giurisdizionali.

Dall'altro lato, il controllo giurisdizionale a posteriori sulla legittimità costituzionale delle leggi può essere "diffuso" o "accentrato". Il controllo di costituzionalità si dice diffuso, allorché rientra nella competenza di tutti i giudici comuni; si dice accentrato, allorché è affidato alla competenza esclusiva di un giudice apposito (un tribunale costituzionale). Nel primo caso (è il caso degli Stati Uniti), ciascun giudice è autorizzato a riconoscere l'illegittimità costituzionale di una legge, e dunque a rifiutarne l'applicazione; ma, in linea di principio, ciò non esclude che gli altri giudici abbiano una opinione differente al riguardo, e dunque che essi continuino ad applicare la stessa legge (salvo il caso che le decisioni della corte suprema si impongano a tutti giudici o per la loro autorevolezza o, come accade negli Stati Uniti, per il loro valore di precedente vincolante). Nel secondo caso (è il caso dell'Italia), il giudice costituzionale è autorizzato ad annullare la legge incostituzionale con un'efficacia generale *erga omnes*; per conseguenza, la legge incostituzionale non può più essere applicata da alcun giudice in alcuna controversia futura.

In breve, nella costituzione italiana, il controllo di costituzionalità è esercitato (prevalentemente, non esclusivamente) a posteriori, per via di eccezione, da parte di un organo giurisdizionale specializzato[3].

(3) La terza garanzia è il referendum popolare abrogativo delle leggi ordinarie e degli atti aventi forza di legge (art. 75, I c., Cost.). Nel nostro ordinamento costituzionale, il popolo non è autorizzato a revocare i propri rappresentanti in parlamento, qualora non ne condivida gli orientamenti politici (art. 67 Cost.). Tuttavia, per mezzo del

---

[3] Intuitivamente, il controllo accentrato è più efficace di quello diffuso dal punto di vista della certezza del diritto. D'altro canto, il controllo preventivo parrebbe più efficace di quello successivo dal punto di vista della tutela della legalità costituzionale. Ma qui il condizionale è d'obbligo per varie ragioni.

(a) E' vero che il controllo preventivo impedisce ad una legge incostituzionale persino di entrare in vigore, mentre il controllo successivo non solo non impedisce questa eventualità, ma neppure assicura che tutte le leggi incostituzionali siano poi espulse dall'ordinamento. E' anche vero, però, che al controllo preventivo taluni profili di incostituzionalità della legge possono sfuggire. Il controllo di costituzionalità ovviamente presuppone l'interpretazione (non solo della costituzione, ma anche) della legge. Orbene, vi sono due modi di accostarsi all'interpretazione di una legge: da un lato, si può indagare il significato del testo legislativo "in astratto" (interpretazione orientata ai testi); dall'altro, si può invece indagare "in concreto" se una controversia data ricada o no nel campo di applicazione della legge (interpretazione orientata al caso concreto). Il primo approccio è ovviamente l'unico disponibile per l'organo investito di un controllo preventivo di costituzionalità. Il difetto del controllo preventivo sta nel fatto scontato che difficilmente una interpretazione "in astratto" può prefigurare tutti i possibili significati di un testo, e quindi vagliarli tutti dal punto di vista della legittimità costituzionale. E' fatale che taluni possibili significati del testo legislativo emergano solo "in concreto", cioè solo in sede di applicazione. Sicché non è detto che l'incostituzionalità si manifesti prima che la legge abbia acquistato efficacia. D'altronde, qualunque legge può venire ad assumere un significato incostituzionale che non era prevedibile al momento della sua promulgazione anche in virtù del fenomeno (difficilmente evitabile) della interpretazione evolutiva. In mancanza di un controllo di costituzionalità successivo, ciò può essere evitato solo da una giurisprudenza uniformemente orientata all'interpretazione adeguatrice.

(b) Il controllo preventivo, ovviamente, non può esercitarsi su leggi anteriori alla costituzione. Volendo garantire la legalità costituzionale anche nei confronti di leggi anteriori alla costituzione, il controllo preventivo dovrebbe comunque essere integrato da un controllo successivo. Ad esempio, i giudici comuni potrebbero essere autorizzati a disapplicare per incostituzionalità sopravvenuta (in virtù del principio di preferenza della norma successiva nel tempo: *lex posterior derogat priori*) le leggi incostituzionali anteriori alla costituzione.

referendum abrogativo, la maggioranza degli elettori è autorizzata a revocare, a rendere inefficaci, singole decisioni dell'organo legislativo (leggi o parti di leggi). Troviamo qui un contro-potere di democrazia diretta, per mezzo del quale il popolo stesso esercita un controllo politico sull'esercizio del potere legislativo.

Occorre peraltro ricordare che questa garanzia è soggetta ad un limite materiale e ad un limite procedurale. Da un lato, il referendum abrogativo ha un raggio di azione limitato, dal momento che la stessa costituzione esclude che si possano sottoporre a referendum taluni tipi di leggi (leggi tributarie, di bilancio, di amnistia e indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali: art. 75, II c., Cost.; sono anche sottratte a referendum abrogativo le leggi costituzionali: *a contrario ex* art. 138 Cost.). Dall'altro lato, ogni richiesta di referendum è assoggettata ad un controllo preventivo di ammissibilità da parte della Corte costituzionale (legge cost. 1/1953, art. 2), la quale è appunto investita del compito di assicurare l'osservanza dei limiti sostanziali ora indicati. Disgraziatamente, questi due limiti hanno interagito tra loro, restringendo ulteriormente il raggio di azione di questa garanzia. Nel senso che la Corte costituzionale (soprattutto con la sentenza 16/1978), approfittando del suo potere di controllo preventivo, si è atteggiata a legislatore costituente, ed ha moltiplicato i limiti sostanziali del referendum ben oltre i pochi casi previsti espressamente dalla costituzione.

4. Garanzie contro il potere esecutivo

Vi sono, nella costituzione italiana, principalmente quattro garanzie che producono il loro effetto nei confronti del potere esecutivo (il governo e la pubblica amministrazione):

(1) La prima garanzia non è altro che la stessa preminenza del legislativo sull'esecutivo, la subordinazione politica del governo al parlamento. Tale subordinazione si manifesta in almeno tre modi:

(1.1) In primo luogo, il governo deve, in linea di principio, agire entro i limiti fissati dalle leggi. Si tratta del principio di legalità nell'amministrazione: il *rule of law*. Da un lato, il governo non può fare alcuna cosa che non sia autorizzata dalla legge. Dall'altro lato, è illegittimo ogni atto del governo che non sia conforme alla legge. A dire il vero, siffatto principio non è espressamente formulato nel testo costituzionale. Si ritiene tuttavia che esso sia un principio implicito in ogni sistema costituzionale liberale.

(1.2) In secondo luogo, gli atti normativi tipici del potere esecutivo, ossia i regolamenti, sono subordinati alla legge nella gerarchia delle fonti del diritto. Ciò significa che la conformità alla legge è condizione necessaria di validità dei regolamenti. Anche questo principio può considerarsi come un principio implicito nella costituzione (esso è esplicitamente fissato solo in fonti di rango legislativo: art. 4, I c., disposizioni sulla legge in generale; art. 5 legge sul contenzioso amministrativo).

(1.3) In terzo luogo, la legittimità di ogni atto politico del governo è condizionata alla "fiducia" del parlamento (art. 94, I c., Cost.). La maggioranza parlamentare può negare la sua fiducia ad un governo di cui non condivida il programma politico; come pure può revocare la fiducia, inizialmente accordata, ad un governo del quale non condivida l'azione politica. Quando il governo non ottenga tale fiducia (all'atto della sua costituzione) o la perda (nel corso della sua permanenza in carica), ha l'obbligo costituzionale di dimettersi (*a contrario ex* art. 94, III c., Cost.). Si tratta di un principio costituzionale caratteristico delle forme parlamentari di governo.

Occorre sottolineare, tuttavia, un paradosso dei regimi parlamentari. Per un verso, la necessità della fiducia assoggetta il governo al controllo costante del parlamento. Per un altro verso, l'esistenza stessa del rapporto fiduciario tra i due organi rende tale controllo tendenzialmente illusorio o inefficace. Un governo che goda della fiducia del parlamento, infatti, è un governo che dispone di una maggioranza parlamentare a lui favorevole (esso è appunto espressione di una maggioranza politica). Accade così che il governo sia controllato dalla "sua" maggioranza: insomma, la maggioranza politica esistente controlla se stessa. In queste condizioni, è difficile che il parlamento possa funzionare da "contropotere" nei confronti del governo. E' ovvio che il controllo parlamentare sul governo sia più efficace allorché il governo non disponga affatto di una maggioranza politica precostituita (come può accadere, ed accade, nelle forme presidenziali di governo).

(2) La seconda garanzia è un insieme di riserve di legge, ossia il fatto che la costituzione affidi la disciplina di certe materie alla competenza esclusiva della legge. Ne segue che tali materie non possono essere disciplinate dal potere esecutivo mediante regolamenti. Le materie riservate alla competenza normativa della legge sono appunto quelle attinenti ai diritti di libertà dei cittadini. Ad esempio, il governo non è autorizzato a disporre mediante regolamenti in materia penale (art. 25, II c., Cost.), in materia di libertà personale (art. 13,

II c., Cost.), etc. Ogni regolamento in una materia riservata alla legge è, in linea di principio, illegittimo per vizio di incompetenza, e dunque invalido.

L'illegittimità di un regolamento può essere riconosciuta (in via incidentale) da qualsiasi giudice ordinario, il quale è autorizzato a rifiutare l'applicazione di un regolamento illegittimo (art. 5, legge sul contenzioso amministrativo). I Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato, dal canto loro, sono autorizzati a conoscere della legittimità dei regolamenti in via principale e ad annullare i regolamenti illegittimi.

Occorre notare che questa garanzia esplica i suoi effetti, al tempo stesso, anche nei confronti dello stesso legislatore. Giacché l'esistenza di una riserva di legge sopra una data materia obbliga il legislatore ad offrire una disciplina completa di quella materia; pertanto è vietato al legislatore delegare al potere normativo (regolamentare) del governo la disciplina di una materia a lui riservata.

Tuttavia, va anche osservato che nel nostro ordinamento costituzionale la garanzia della riserva di legge risulta gravemente indebolita in virtù di due dottrine elaborate in sede dogmatica e giurisprudenziale. Da un lato, i giuristi hanno teorizzato che certi atti del governo, ai quali la costituzione espressamente conferisce la medesima "forza" della legge (decreti-legge e decreti legislativi delegati), sono autorizzati a disciplinare anche le materie riservate alla legge. Dall'altro lato, i giuristi hanno introdotto la distinzione tra due tipi di riserve di legge: in certe materie (ad esempio, in materia penale, art. 25, II c., Cost.) vi è una riserva "assoluta", e pertanto in tali materie qualsiasi regolamento del potere esecutivo è, in linea di principio, illegittimo; ma in altre materie (ad esempio, in materia tributaria, art. 23 Cost.) vi è una riserva soltanto "relativa", e pertanto in queste materie il potere legislativo può limitarsi a stabilire i principi fondamentali, autorizzando il potere regolamentare dell'esecutivo a completare la disciplina legislativa con norme di dettaglio[4].

(3) La terza garanzia è la protezione giurisdizionale dei diritti soggettivi, ossia il controllo giurisdizionale sulla legittimità di tutti gli atti del potere esecutivo (artt. 24 e 113 Cost.). Qualunque atto amministrativo che sia in contrasto con la costituzione o con la legge può essere impugnato davanti ai giudici mediante ricorso (ai giudici amministrativi si può domandare l'annullamento dell'atto illegittimo, ai giudici civili si può domandare il risarcimento del danno eventualmente derivato dall'atto illegittimo).

[4] La distinzione tra riserva di legge "assoluta" e "relativa" è ormai consacrata nello stesso linguaggio legislativo. L'art. 17, II comma, della legge 400/1988 usa infatti (senza definirla) la locuzione "riserva assoluta"; alla stessa distinzione probabilmente allude anche il comma precedente, sia pure per dichiararla (a certi fini) irrilevante, laddove parla di materie "comunque" riservate alla legge.

Per evidenti ragioni, questa garanzia è legata in modo assai stretto ad uno degli aspetti della separazione dei poteri in senso classico, ossia l'indipendenza dei giudici nei confronti dell'esecutivo (artt. 101 e 104 Cost.). Palesemente, l'indipendenza dal potere esecutivo è condizione necessaria di imparzialità del giudice nelle controversie in cui il governo (o la pubblica amministrazione) sia parte in causa.

(4) La quarta garanzia è la cosiddetta riserva di giurisdizione, in virtù della quale certi atti del potere esecutivo, idonei ad incidere su taluni diritti di libertà, sono ammissibili solo a condizione che siano previamente autorizzati da un atto motivato di un organo giurisdizionale. Questa garanzia, peraltro, non si estende a tutte le libertà costituzionali, ma protegge solo alcune di esse: la libertà personale (*habeas corpus*), la libertà di domicilio, la libertà e segretezza della corrispondenza, la libertà di stampa (artt. 13, 14, 15, 21 Cost.).

5. Garanzie contro il potere giurisdizionale

Nella costituzione italiana si incontrano principalmente tre garanzie che producono i loro effetti nei confronti del potere giurisdizionale, cioè nei confronti dei giudici:

(1) La prima garanzia è l'obbligo di motivare ogni provvedimento giurisdizionale (art. 111, I c., Cost.). Evidentemente ciò impedisce ai giudici di decidere in modo arbitrario. L'obbligo di motivazione, in quanto tale, assoggetta i giudici ad una qualche forma di controllo sociale (soprattutto al controllo critico che viene esercitato dalla stessa cultura giuridica).

(2) La seconda garanzia è la soggezione del giudice alla legge, ossia il principio di legalità nella giurisdizione (art. 101, II c., Cost.).

Tale principio è gravido di conseguenze. (a) Anzitutto, i giudici devono applicare le leggi nel senso che non sono autorizzati a crearne di nuove. La funzione di creazione del diritto è riservata, in linea di principio, al potere legislativo; e comunque le decisioni giurisdizionali hanno effetti solo *inter partes*, ossia effetti limitati al caso deciso (art. art. 2909 cod. civ.). (b) Inoltre, i giudici devono applicare le

leggi nel senso che hanno l'obbligo di conoscerle. Quando un cittadino invoca in suo favore l'applicazione di una certa legge da parte del giudice, non è obbligato a dimostrare al giudice l'esistenza di quella legge o ad informarlo sul contenuto della legge stessa: le leggi devono essere note al giudice. (c) I giudici poi hanno l'obbligo di applicare le leggi nel senso che non sono autorizzati a disapplicarle (salvo il caso che si tratti di leggi abrogate da leggi successive o da referendum popolare, o di leggi annullate dalla Corte costituzionale perché in contrasto con la Costituzione). (d) Inoltre, i giudici hanno l'obbligo di applicare "soltanto" le leggi: non la Costituzione e non i regolamenti governativi. Da un lato, è compito della Corte costituzionale, e non dei giudici comuni, applicare la Costituzione, ossia, concretamente, dichiarare la eventuale illegittimità costituzionale di leggi. Dall'altro lato, i giudici non sono sempre e comunque obbligati ad applicare i regolamenti governativi: devono applicarli solo se sono conformi alle leggi; ma devono disapplicarli se sono in contrasto con le leggi. (e) Infine, ciascun giudice è vincolato solo dalle leggi nel senso che gode di totale autonomia di giudizio: non è soggetto a ordini o direttive politiche di chicchessia. Per un verso, nessun giudice è legato da vincoli di gerarchia con altri giudici. Stabilisce infatti la Costituzione che "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni" (art. 107, III c., Cost.), e non per gradi. Per un altro verso, i giudici sono indipendenti da "ogni altro potere" (art. 104, I c., Cost.).

La congiunzione di questi due principi (obbligo di motivazione e soggezione alla legge) comporta che qualunque provvedimento giurisdizionale debba essere fondato esplicitamente su precise disposizioni di legge.

(3) La terza garanzia è il ricorso per cassazione contro ogni decisione giurisdizionale che sia in contrasto con la legge (art. 111, II c., Cost.). (Questo principio, peraltro, si applica alle decisioni dei giudici ordinari, non invece a quelle del Consiglio di Stato: art. 111, III c., Cost..) Ciò comporta un controllo sulle decisioni di ciascun giudice da parte di altri giudici, fatta eccezione, ovviamente, per gli stessi giudici di cassazione. La corte "suprema" di cassazione esercita un controllo di legittimità su tutte le decisioni degli altri giudici (ordinari), ma, naturalmente, le decisioni della stessa corte suprema non sono a loro volta soggette ad alcun controllo ulteriore.

6. Quis custodiet ipsos custodes?

Qui giunti, si possono fare due osservazioni.

Da un lato, la maggior parte delle tecniche costituzionali di garanzia dei diritti si riducono ad una qualche forma di controllo giurisdizionale. Si tratta, cioè, di un controllo che è compiuto da giudici e che comporta la cosiddetta "applicazione del diritto".

Dall'altro lato, però, la giurisdizione non è, a sua volta, assoggettata a controlli dall'esterno. Sono i giudici (costituzionali) che controllano l'obbedienza del legislatore alle norme costituzionali; sono ancora i giudici (ordinari e amministrativi) che controllano l'obbedienza del governo alle norme legislative; e finalmente sono ancora i giudici (di cassazione) che controllano l'obbedienza alla (la fedele applicazione della) legge da parte degli altri giudici. Però non vi sono controlli di sorta sulle decisioni vuoi dei giudici costituzionali, vuoi dei giudici di cassazione (come pure sulle decisioni dei giudici amministrativi di ultima istanza, ossia del Consiglio di Stato).

Dunque, la garanzia dei diritti è, per lo più, affidata in ultima analisi a giudici. I giudici hanno l'ultima parola in proposito.

Ora, questa tecnica di garanzia dei diritti è fondata sopra una dottrina "formalistica" dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Alludo alla dottrina secondo cui:

(a) il diritto è l'insieme delle leggi, ossia un insieme di testi che incorporano un significato normativo univoco, precostituito alla interpretazione;

(b) l'interpretazione del diritto è, pertanto, un'attività conoscitiva di norme già date nei testi normativi;

(c) l'applicazione del diritto, accertato mediante interpretazione, è un'attività del tutto automatica (un sillogismo), che non comporta alcuna valutazione o decisione politica ulteriore rispetto alle decisioni degli organi investiti di competenza normativa (essenzialmente gli organi legislativi).

Insomma, il potere giurisdizionale non è un potere normativo. E' questo il fondamento concettuale della teoria di Montesquieu, secondo cui il potere giurisdizionale è un potere "in qualche modo nullo" e il giudice non è che "la bocca della legge". Per garantire i diritti di libertà, il potere deve essere limitato dal potere, ma non esiste il problema di limitare il potere giurisdizionale, giacché il potere giurisdizionale, dopo tutto, non è un "vero" potere.

E' il potere giurisdizionale che funziona da garanzia dei diritti nei confronti di tutti gli altri poteri; ma non vi è alcun problema di ga-

ranzia dei diritti contro il potere giurisdizionale stesso.

Evidentemente, questa tecnica di garanzia dei diritti è soddisfacente fino a che si pensi all'applicazione del diritto in maniera formalistica. Ma la stessa tecnica cessa completamente di essere soddisfacente, se si pensa, al contrario, che il potere di giudicare sia, anch'esso, un potere (in ultima analisi) normativo, e dunque un potere politico. Se si riconosce - come ormai quasi tutti riconoscono - che anche il potere giurisdizionale è un potere politico, nasce allora il problema - del tutto nuovo per il costituzionalismo - di inventare delle tecniche costituzionali idonee a garantire il diritti di libertà contro il giudiziario.

Parte quarta

Validità

XVII.

Concetti e criteri di validità

1. 'Validità' in senso debole e 'validità' in senso forte

In questo lavoro non sono interessato a discutere le diverse teorie della validità di cui è affollata la letteratura filosofico-giuridica[1].

---

[1] E' superflua ogni citazione di Hans Kelsen, le cui idee in proposito sono notissime. Cfr. piuttosto N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, cap. VI; A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1962), in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, cap. VII; C.A. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien, 1971; M.D. Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972; J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico* (II ed., 1973), trad. it. a cura di P. Comanducci, Il Mulino, Bologna, 1977; N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto* (1975), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980; E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento*, in AA. VV., *Derecho, filosofía, y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976; J. Raz, *Legal Validity* (1977), ora in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979; E. Bulygin, *Time and Validity*, in A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982; J. Wróblewski, *Tre concetti di validità*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXVI, 1982; A.G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo*

Il mio scopo è proporre una analisi - forse meno logora - degli usi effettivi del vocabolo 'validità' nel linguaggio comune dei giuristi italiani contemporanei[2]. Non escludo che questa analisi possa valere, più in generale (ma certo con qualche adattamento), per gli usi linguistici dei giuristi che operano nell'ambito dei moderni sistemi giuridici di *civil law*; ma neppure lo sostengo.

Per cominciare, si deve osservare che il vocabolo in questione è soggetto ad un uso incostante. A mio avviso, si incontrano nella letteratura dogmatica non meno di due concetti di validità, tra i quali è necessario distinguere. Per il momento, assumiamo che la validità sia una proprietà di norme. Ebbene:

(1967-1978), Giappichelli, Torino, 1985, capp. 3 e 5; C.S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; E. Pattaro, *Lineamenti per una teoria del diritto*, CLUEB, Bologna, 1985; E. Bulygin, *Validez y positivismo*, in AA.VV., *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del derecho. Comunicaciones*, Asociación Argentina de Filosofía del derecho, La Plata, 1987, vol. I.; A.G. Conte, *Minima deontica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXV, 1988; U. Scarpelli, *Validità*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, UTET, Torino, estratto s.d.

[2] In proposito si può utilmente consultare: C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), rist. Giuffré, Milano, 1964; M.S. Giannini, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", VII, 1954; V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", X, 1960; A.M. Sandulli, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Torino, 1963; A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffré, Milano, 1967; F. Modugno, *L'invalidità della legge*, 2 voll., Giuffré, Milano, 1970; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1977, spec. pp. 236 ss.; A. Ruggeri, *Gerarchia, competenza, e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffré, Milano, 1977; G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffré, Milano, 1977; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., CEDAM, Padova, 1984, vol. II, spec. pp. 178 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova, 1984, sez. I; G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984, spec. pp. 36 ss.; F. Modugno, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffré, Milano, 1985; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, II ed., ECIG, Genova, 1985, spec. pp. 10 ss.; F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 1988, spec. pp. 102 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, spec. pp. 348 ss, 909 ss. Da ultimo cfr. anche R. Guastini, *Due studi di teoria delle fonti*, in "Annali Giurisprudenza Genova", XXII, 1988/1989.

(a) In senso forte, o pieno, 'validità' significa "appartenenza" ad un sistema giuridico (*membership*): una norma valida, entro un sistema giuridico dato, è una norma che risponde ai criteri di identificazione propri di quel sistema. In ogni sistema giuridico, i criteri di identificazione delle norme giacciono nelle meta-norme sulle fonti di produzione, sui criteri di soluzione delle antinomie, etc.

(b) In senso debole, 'validità' significa - per dirla con Kelsen - "esistenza"[3]. Malauguratamente, il concetto di esistenza, a sua volta, non è del tutto chiaro. Ma in questo contesto una norma esistente è, molto semplicemente, una norma che è stata effettivamente creata, "posta", cioè formulata ed emanata (o promulgata) da un'autorità normativa *prima facie* competente[4].

E' appena il caso di sottolineare come le due cose non coincidano. Ad esempio, adottando il senso debole di 'validità', nel nostro ordinamento una norma approvata dalle Camere e promulgata dal Presidente della Repubblica sarebbe una norma "valida": anche se, per avventura, nel processo di formazione della legge, le due Camere avessero proceduto in modo difforme da quanto prescritto nell'art. 72 Cost., o se la norma si rivelasse poi in contrasto con un principio costituzionale. Nel senso forte di 'validità', per contro, la norma in questione sarebbe ovviamente "invalida", in virtù del carattere rigido della vigente costituzione (artt. 134-139 Cost.).

Conviene osservare, peraltro, che la validità in senso debole, la mera "esistenza", non è priva di effetti giuridici. Al contrario, la "esistenza" è condizione sufficiente di applicabilità delle norme[5]. Cioè a dire, anche le norme invalide (in senso forte) sono suscettibili di applicazione: almeno fino a che la loro invalidità non sia costituti-

---

[3] Occorre avvertire, peraltro, che Kelsen stenta a distinguere tra "appartenenza" (validità in senso forte) e mera "esistenza" (validità in senso debole). Cfr. R. Guastini, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981; M. Barberis, *La norma senza qualità. Appunti su "validità" in Hans Kelsen*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XI, 1981.

[4] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., impiega un lessico diverso per tracciare una distinzione in tutto analoga a quella qui accennata.

[5] Si può anche dire che, in un terzo senso, "validità" significhi proprio questo: applicabilità. In tal senso, una norma "valida" è, molto semplicemente, una norma suscettibile di applicazione (giurisdizionale e/o amministrativa). E' in questo senso del termine 'validità' che si usa parlare di "ambito (spaziale, o temporale, o personale) di validità" di una norma.

vamente dichiarata da un organo a ciò competente (la Corte costituzionale per le norme di rango legislativo, i giudici amministrativi per le norme regolamentari)[6].

2. I molteplici oggetti dei giudizi di validità

Per avviare l'analisi dei criteri di validità, conviene introdurre una osservazione preliminare. Secondo il comune modo di pensare, i giudizi di validità sarebbero enunciati aventi la forma standard: 'La norma N è valida / invalida'[7]. E' abituale, e apparentemente del tutto

[6] Mi pare questo, in ultima analisi, il senso della tesi kelseniana secondo cui non si dà "nullità", ma solo "annullabilità", nel diritto. Cfr. H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, spec. pp. 298-310. Kelsen vuol dire, insomma, che l'invalidità in senso forte non comporta "inesistenza" (anzi: solo di una norma "esistente" si può sensatamente predicare l'invalidità in senso forte); perché una norma invalida in senso forte cessi di "esistere" (sia espulsa dall'ordinamento, divenga totalmente inapplicabile) occorre un apposito atto di invalidazione o "annullamento".

[7] A dire il vero, alcuni studiosi di teoria generale del diritto e di logica deontica interpretano come giudizi di validità gli enunciati (deontici, cioè in termini di 'dovere') mediante i quali i giuristi non asseriscono espressamente la validità di norme, ma piuttosto iterano, ripetono, riecheggiano le norme giuridiche (ad esempio: 'I contraenti devono comportarsi secondo buona fede'). Cfr. ad es. H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, spec. cap. III; G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963; Id., *Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983, spec. pp. 130 ss.; E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987. Tuttavia, questo modo di pensare è insostenibile. Gli enunciati deontici dei giuristi palesemente non vertono su norme, ma direttamente sul comportamento (nell'esempio, sul comportamento dei contraenti). E proprio per questo tali enunciati hanno una logica tutt'affatto diversa dalla logica dei giudizi di validità. Ad esempio, vi è contraddizione logica tra l'enunciato (1) 'I contraenti devono comportarsi secondo buona fede' e l'enunciato (2) 'I contraenti non devono etc.'; mentre non vi è alcuna contraddizione logica tra gli enunciati (3) 'E' valida la norma secondo cui i contraenti devono etc.' e (4) 'E' valida la norma secondo cui i contraenti non devono etc.'. Contraddizione non vi è, per l'ovvia ragione che questi due giudizi di validità hanno ad oggetto norme diverse. Contraddittorie sono le due norme in questione, non i due giudizi che ne asseriscono la validità. Come in una biblioteca possono affiancarsi un'apologia del fascismo e un manifesto antifascista, così un sistema giuridico può contenere due norme contraddittorie. Cioè due norme contraddittorie - pur contraddicendosi - possono ben essere valide entrambe. Su questo punto ha insistito l'ultimo Kelsen: cfr. H. Kelsen, *La derogazione* (1962), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981; Id., *Diritto e logica* (1965), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, cit.; Id., *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1985. In proposito, cfr. T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989.

ragionevole, procedere all'analisi di enunciati di questo tipo problematizzando il significato del vocabolo che funge da predicato ('valido'), e tralasciando come non problematico il significato del vocabolo che funge da soggetto ('norma'). Così ho fatto anch'io nel paragrafo precedente.

Procedendo in questo modo, però, si suppone implicitamente: (a) che la validità si predichi di norme e solo di norme; (b) che il concetto di norma sia univoco e non bisognoso di analisi. Entrambe queste assunzioni - largamente diffuse nella letteratura filosofico-giuridica - sono, in realtà, fallaci.

In primo luogo, nel linguaggio comune dei giuristi, la validità si predica non solo di norme, ma altresì di atti normativi. L'espressione 'atto normativo', peraltro, è usata in due sensi differenti. In un primo senso, 'atto normativo' denota un agire (più precisamente, un agire linguistico), che consiste nel produrre norme. In un secondo senso, 'atto normativo' designa il risultato, il prodotto, di un agire normativo, ossia un testo o documento normativo: un insieme di disposizioni. Nel primo senso, è un atto normativo, ad esempio, il legiferare. Nel secondo senso, è un atto normativo la legge stessa. In questo contesto, io uso l'espressione 'atto normativo' nel primo senso: chiamo cioè atto normativo l'atto di produrre una fonte, chiamo documento normativo la fonte stessa[8].

In secondo luogo, nel linguaggio comune dei giuristi, il vocabolo 'norma' non è affatto usato in modo univoco e costante:

(a) talvolta si usa 'norma' per riferirsi alle disposizioni, ossia agli enunciati normativi di cui le fonti del diritto sono costituite;

(b) talaltra, si usa 'norma' per riferirsi al contenuto di significato delle disposizioni: mentre le disposizioni sono frutto di normazione, e sono precostituite all'interpretazione, le norme in questo

[8] Cfr. R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Giappichelli, Torino, II ed. 1989, cap. I.

senso sono il frutto di decisioni interpretative, e sono dunque variabili dipendenti dell'interpretazione.

Inoltre, i giuristi distinguono abitualmente tra due specie di norme: le norme esplicite e le norme implicite (inespresse). Sono esplicite le norme che, per l'appunto, costituiscono il contenuto di significato degli enunciati normativi formulati nelle fonti del diritto. Sono implicite le norme che, per contro, non sono state esplicitamente formulate da alcuna autorità normativa, ma che tuttavia possono essere legittimamente costruite dall'interprete con procedimenti appropriati (ad esempio, mediante analogia, *legis* e *juris*, mediante la "combinazione" di più disposizioni, mediante interpretazione "sistematica", etc.). Per esempio, si può considerare norma esplicita del nostro ordinamento il principio cosiddetto di stretta legalità in diritto penale (Cost., art. 25, II c.); mentre è certamente norma implicita il principio cosiddetto di conservazione dei documenti normativi, di cui fa applicazione la Corte costituzionale ogniqualvolta pronuncia una sentenza interpretativa (specie una interpretativa di rigetto).

Queste considerazioni suggeriscono di distinguere tra: (1) la validità di atti normativi; (2) la validità di disposizioni; (3) la validità di norme esplicite; (4) la validità di norme implicite. L'opportunità, se non la necessità, di questa catena di distinzioni dipende dal fatto che i criteri di validità degli atti normativi, delle disposizioni, delle norme esplicite, e delle norme implicite sono differenti. Ne segue che le condizioni di verità dei diversi giudizi di validità (le condizioni in presenza delle quali un giudizio di validità è vero, e in assenza delle quali tale giudizio è falso) sono una variabile dipendente dell'oggetto su cui ciascun giudizio verte.

3. Criteri di validità degli atti normativi

Per ciò che concerne la validità degli atti normativi, occorre notare anzitutto che gli atti normativi (il comandare, il permettere, l'abrogare, etc.) non sono che atti di linguaggio. Si tratta, nondimeno, di atti di linguaggio disciplinati (non solo da regole linguistiche, ma altresì) da norme giuridiche: precisamente, da norme di secondo grado, o meta-norme, sulla produzione del diritto. In particolare, gli atti normativi sono disciplinati da almeno due tipi di meta-norme:

(a) da un lato, meta-norme di competenza: ossia norme che conferiscono ad un certo soggetto (per esempio, il Parlamento, art. 70 Cost.) la "funzione", l'autorità, la competenza, o il potere che dir si voglia, di produrre norme giuridiche entro certi limiti di materia (ad esempio, quelli desumibili dall'art. 117 Cost., che elenca una serie di materie la cui disciplina è parzialmente sottratta alla competenza normativa della legge statale)[9];

(b) dall'altro lato, meta-norme di procedura: ossia norme di condotta che stabiliscono le procedure attraverso cui la competenza normativa in questione deve essere esercitata (ad esempio, art. 72 Cost., che disciplina il procedimento di formazione della legge ordinaria dello Stato).

Ebbene, si dice che un dato atto normativo è valido allorché è stato compiuto in modo conforme alle meta-norme che lo disciplinano entro un sistema giuridico dato. Dunque, un atto normativo è valido se, e solo se: (a) è stato compiuto dal soggetto al quale una meta-norma di competenza conferisce autorità normativa (in quella data materia); (b) è stato compiuto attraverso i procedimenti prescritti dalle meta-norme di procedura.

Pertanto, si può dire che il criterio di validità degli atti normativi sia la conformità a meta-norme di competenza e procedura[10].

4. Criteri di validità delle norme

Per quanto concerne la validità di norme propriamente dette, occorre anzitutto distinguere tra le due categorie di norme già ricor-

---

[9] La classe delle norme di competenza, a ben vedere, include norme di due tipi diversi, tra i quali sarebbe opportuno distinguere. Da un lato: norme che ascrivono una competenza. Dall'altro: norme che delimitano sotto il profilo materiale la competenza ascritta. In questa sede, tale distinzione può, per semplicità, essere tralasciata.

[10] A rigore: si può parlare di conformità alle norme di procedura, che, come si è detto, sono delle comuni norme di condotta, cioè prescrizioni (ancorché rivolte a soggetti peculiari, quali gli organi investiti di competenza normativa); ma il vocabolo 'conformità' non è del tutto appropriato in relazione a norme di competenza, giacché le norme di competenza sono non già prescrizioni, alle quali si possa obbedire o disobbedire, ma piuttosto "norme costitutive" (ossia frammenti di prescrizioni), che non richiedono adempimento e non ammettono violazione. In proposito cfr. G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. provv., Giuffré, Milano, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979. Sul tema cfr. M. Barberis, *Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Giuffré, Milano, 1990, vol. II.

date:

(a) da un lato, vi sono le norme "esplicite", ossia le norme che, secondo una interpretazione data, sono il significato di un certo testo normativo: le norme, dunque, che sono ricavate da una data disposizione mediante interpretazione;

(b) dall'altro lato, vi sono le norme "implicite", ossia le norme che non sono state formulate da alcuna autorità normativa: le norme, dunque, che non possono essere attribuite ad alcun testo normativo come suo significato; le norme, insomma, prive di disposizione.

Vale sottolineare che le norme implicite non sono il risultato di un processo di interpretazione in senso proprio. Interpretare è ascrivere significato ad un testo preesistente. Ma qui si tratta della formulazione di norme in assenza di testi che le esprimano. Si può dire dunque che le norme in questione siano prodotte non dal "legislatore" (latamente inteso), ma dai giuristi stessi, attraverso procedimenti vari di integrazione o completamento del diritto.

La distinzione che precede è necessaria per la semplice ragione che i criteri di validità delle norme esplicite sono - in parte - differenti dai criteri di validità delle norme implicite.

(1) Una norma esplicita è considerata valida alle due seguenti condizioni (disgiuntamente necessarie):

(1.1) per un verso, occorre che tale norma costituisca il significato (uno dei possibili significati) di una disposizione prodotta da un atto normativo a sua volta valido[11];

(1.2) per un altro verso, occorre che tale norma non sia incompatibile con alcuna norma superiore nella gerarchia delle fonti.

(2) Per contro, una norma implicita è considerata valida alle due seguenti condizioni (disgiuntamente necessarie):

(2.1) per un verso, occorre che tale norma possa essere ricavata (mediante una argomentazione appropriata) da una norma esplicita ovvero da un insieme di norme esplicite a loro volta valide;

(2.2) per un altro verso, occorre che tale norma non sia incompatibile con alcuna norma superiore nella gerarchia delle fonti.

Come si vede, in entrambi i casi, la validità di una norma è condizionata alla sua non-incompatibilità con norme superiori (non meta-norme ma, per così dire, sovra-norme)[12].

[11] Si può dire che una norma costituisca uno dei possibili significati (una delle possibili interpretazioni) di una data disposizione allorché tale interpretazione può essere persuasivamente argomentata.

[12] La distinzione tra meta-norme e sovra-norme allude fugacemente a due diversi tipi di "gerarchie" normative, tra i quali spesso si confonde. Una norma infatti può essere "superiore" ad un'altra in due sensi e in due modi del tutto differenti. Si ha una gerarchia logica (se pure di "gerarchia" è il caso di parlare) tra due norme allorché una di esse si riferisce all'altra (ossia verte su di essa), ad esempio disciplinandone la creazione, delimitandone il campo di applicazione, etc. In tal senso, ad esempio, una norma abrogatrice è logicamente sovra-ordinata (è una meta-norma) rispetto alle norme da essa abrogate. La relazione tra le due norme, qui, è proprio la stessa che intercorre tra un meta-linguaggio ed il suo linguaggio-oggetto. Si ha per contro una gerarchia giuridica tra due norme, allorché una di esse condiziona la validità dell'altra, nel senso che la seconda è invalida se è incompatibile con la prima. In tal senso, ad esempio, in regime di costituzione rigida, le norme costituzionali sono giuridicamente sovra-ordinate (sono sovra-norme) rispetto alle norme legislative. L'opportunità della distinzione nasce dal fatto, scontato, che non sempre le meta-norme sono anche sovra-norme. Nel nostro ordinamento, a costituzione rigida, le meta-norme costituzionali sul procedimento legislativo sono (anche) sovra-norme rispetto alle norme di legge; ma le meta-norme legislative abrogatrici non sono per nulla sovra-norme rispetto alle norme di legge cui si riferiscono. Sui diversi tipi di gerarchie tra norme cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980, cap. VII.

5. Validità formale e validità materiale

Alla luce di questa analisi, sembra possibile precisare il senso di due espressioni ricorrenti nella letteratura dogmatica: 'validità formale' e 'validità materiale'[13].

(1) Si dice 'validità formale' la assenza di vizi formali. Propriamente parlando, la validità formale è una proprietà di atti normativi. Si considera formalmente valido un atto normativo che sia stato prodotto in conformità alle meta-norme sulla produzione del diritto. Tuttavia, per metonimia, si può parlare di validità formale anche in relazione alle disposizioni prodotte da un atto normativo formalmente valido, nonché in relazione alle norme esplicite che da tali disposizioni possono trarsi per via di interpretazione.

Evidentemente - occorre sottolinearlo - le norme implicite non possono essere valide dal punto di vista formale, neppure per metonimia. Giacché le norme implicite, per definizione, non sono formulate da alcuna autorità normativa: esse sono elaborate e formulate dai giuristi (o dai giudici). Le norme implicite, insomma, sono sempre formalmente invalide.

[13] Cfr. N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), ora in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

(2) Si dice 'validità materiale' la assenza di vizi materiali. La validità materiale è una proprietà di norme, esplicite o implicite secondo i casi. Si considera materialmente valida una norma la quale non sia incompatibile con norme (a loro volta valide) superiori nella gerarchia delle fonti. Tuttavia, per metonimia, si può parlare di validità materiale anche in relazione a disposizioni: è materialmente valida una disposizione dalla quale si possono ricavare (per via di interpretazione) norme esplicite materialmente valide[14].

6. Criteri di validità delle disposizioni

A questo punto, si possono ormai chiarire anche i criteri di validità delle disposizioni. Il tema, solitamente ignorato dagli studiosi di filosofia del diritto, riveste grande importanza per almeno una ragione. Solo le disposizioni valide sono usate e interpretate in sede di applicazione del diritto: cioè a dire, solo le disposizioni valide sono addotte in motivazione di provvedimenti giurisdizionali e amministrativi; mentre le disposizioni invalide non sono neppure soggette ad interpretazione.

Occorre sottolineare anzitutto che si parla della validità di disposizioni solo per metonimia. In altre parole, allorché si discute della validità di disposizioni, il problema in realtà concerne: talvolta la validità di atti normativi, talaltra la validità di norme (esplicite).

Più precisamente: la validità formale di una data disposizione dipende dalla validità dell'atto normativo dal quale essa è stata prodotta; mentre la validità materiale di una disposizione dipende dalla validità delle norme che da essa possono trarsi mediante interpretazione.

Una disposizione normativa è il prodotto di un certo atto normativo. Si dice che una disposizione è valida dal punto di vista formale allorché essa è stata prodotta da un atto normativo formalmente valido. In altri termini, le condizioni di validità formale di una disposizione si risolvono interamente nelle condizioni di validità dell'atto normativo per mezzo del quale tale disposizione è stata prodotta (conformità alle meta-norme sulla produzione giuridica).

Dunque, il criterio di validità formale di una disposizione è la conformità alle meta-norme di competenza e di procedura non della disposizione stessa, evidentemente, ma dell'atto normativo che tale

[14] Trascuro, per semplicità, l'invalidità derivante da vizio di competenza.

disposizione ha prodotto.

Per contro, una disposizione è considerata valida dal punto di vista materiale, allorché le norme (esplicite) che da essa possono ricavarsi sono materialmente valide. Più precisamente: in virtù del principio detto di conservazione dei documenti normativi, una disposizione è valida se esprime almeno una norma materialmente valida; ma una disposizione è invalida se tutte le norme che essa esprime sono materialmente invalide. Così, ad esempio, la Corte costituzionale suole dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione di rango legislativo solo allorché tale disposizione non ammette alcuna interpretazione conforme a costituzione. Per contro, se la disposizione in questione esprime, disgiuntamente o congiuntamente, sia norme compatibili, sia norme incompatibili con la costituzione, la Corte suole dichiarare illegittime solo le norme (esplicite) in contrasto con la costituzione, conservando validità alla disposizione in quanto tale: ne segue che la disposizione è ancora suscettibile di impiego in sede di applicazione, purché interpretata in modo conforme a costituzione (interpretazione adeguatrice).

Dunque, il criterio di validità materiale di una disposizione è la capacità di esprimere (almeno) una norma non-incompatibile con norme gerarchicamente superiori.

7. Relazioni tra validità formale e validità materiale

Ora, è molto importante comprendere le relazioni tra i due criteri di validità - formale e materiale - in quanto applicati a norme e, indirettamente, a disposizioni. Tali criteri infatti sono del tutto indipendenti. La validità formale è una condizione né sufficiente né necessaria di validità materiale.

In primo luogo, la validità formale non è condizione sufficiente della validità materiale di una norma. In altri termini, una norma esplicita, che sia valida dal punto di vista formale, può tuttavia essere invalida sotto il profilo materiale. Per esempio, nel nostro sistema giuridico, fondato su una costituzione rigida, allorché il legislatore produce - validamente sotto il profilo formale, dal punto di vista del processo di produzione del diritto - una norma incompatibile con la costituzione, questa norma, benché formalmente valida, è considerata materialmente invalida (in ragione del suo contenuto). E in certi casi, come si è visto, l'invalidità della norma reagisce sulla disposizione, invalidando anche quella.

In secondo luogo, la validità formale non è neppure condizione necessaria della validità materiale di una norma. In altre parole, una norma implicita - e perciò stesso sicuramente invalida sotto il profilo formale - può tuttavia essere valida dal punto di vista materiale. I giuristi, infatti, considerano valide (materialmente valide) molte norme che non sono state formulate dal legislatore, ma che, a loro avviso, possono essere ricavate da una qualche norma esplicita o combinazione di norme esplicite.

Vi è dunque una sorta di relazione gerarchica tra i due criteri di validità: in caso di conflitto tra di essi, il criterio materiale prevale sul criterio formale. In altri termini: se una certa norma è valida dal punto di vista sia formale sia materiale, non sorge problema; ma

(a) se una norma (esplicita) è valida dal punto di vista formale ma, al tempo stesso, invalida dal punto di vista materiale, ebbene essa è considerata *tout court* invalida; e

(b) se una norma (implicita) è invalida dal punto di vista formale ma, al tempo stesso, valida dal punto di vista materiale, ebbene essa è considerata *tout court* valida.

Si può dire, sotto questo profilo, che la validità formale è una validità "debole", mentre la validità materiale è una validità "forte".

8. Corollario: la dogmatica come trasformazione del linguaggio delle fonti

L'analisi che precede consente di mettere in luce la natura di due operazioni caratteristiche della cosiddetta scienza giuridica (e anche, beninteso, della giurisprudenza): l'integrazione del diritto lacunoso e la soluzione di antinomie.

L'integrazione del diritto lacunoso si compie, tipicamente, mediante la elaborazione di norme implicite, le quali, benché prive di validità formale, sono tuttavia considerate valide dal punto di vista materiale. Questa operazione si risolve dunque nella addizione di norme al sistema giuridico.

La soluzione di una antinomia si compie, tipicamente, mediante l'eliminazione di una delle due norme esplicite in conflitto: una norma esplicita, ancorché provvista di validità formale, è tuttavia considerata invalida dal punto di vista materiale. Tale operazione si risolve dunque nella sottrazione di una norma dal sistema giuridico.

I giuristi insomma, colmando le lacune e risolvendo le antinomie, aggiungono al sistema giuridico delle norme implicite (valide però solo dal punto di vista materiale), e sottraggono dal sistema giuridico delle norme esplicite (benché valide dal punto di vista formale).

Si può dire allora che il sistema giuridico sia il prodotto non della legislazione - come voleva il positivismo giuridico classico, malato di formalismo - ma piuttosto della scienza giuridica. Il sistema giuridico, infatti, è l'insieme delle norme esplicite formalmente valide, create dal legislatore, meno le norme esplicite materialmente invalide, più le norme implicite materialmente valide.

Da questo punto di vista, la dogmatica si presenta come una "scienza" davvero peculiare: una scienza che non si accontenta di prendere conoscenza del suo oggetto, ma lo manipola e lo trasforma.

E' assai diffusa, in teoria generale del diritto, l'opinione che il linguaggio della scienza giuridica sia un meta-linguaggio descrittivo avente ad oggetto il linguaggio normativo delle fonti (il linguaggio del "legislatore"). Tale opinione è falsa. Da un lato, il linguaggio della scienza giuridica non è sempre descrittivo, dal momento che spesso la scienza giuridica non si limita a descrivere norme preesistenti, bensì formula norme nuove. Dall'altro lato, il linguaggio della scienza giuridica non è sempre un meta-linguaggio rispetto al linguaggio delle fonti, giacché la scienza giuridica non si limita a parlare delle fonti, ma le trasforma. Insomma, i giuristi si comportano un po' come uno storico che interpolasse documenti apocrifi nel suo proprio archivio.

Questa opera di manipolazione delle fonti è resa possibile, naturalmente, dal fatto che la scienza giuridica è un discorso avente ad oggetto non già dei fatti extra-linguistici, bensì un altro discorso: per l'appunto, il discorso delle fonti. Le scienze naturali e sociali sono discorsi che hanno ad oggetto fatti materiali: e palesemente non vi è omogeneità "ontologica" tra il discorso della scienza e i fatti materiali che ne costituiscono l'oggetto. Per contro, la scienza giuridica e il diritto sono cose "ontologicamente" omogenee: tanto l'una quanto l'altro non sono che dei discorsi, dei linguaggi. E ciò rende possibile una osmosi continua tra l'uno e l'altro.

XVIII.

Introduzione all'analisi delle decisioni costituzionali

1. I "vizi" della legge e la motivazione delle decisioni costituzionali

Nell'ordinamento costituzionale italiano, le "decisioni" (cost., artt. 136, II c., 137, III c.) sulla legittimità costituzionale di leggi e di atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni (cost., art. 134, I alinea) sono provvedimenti giurisdizionali: secondo i casi, sentenze od ordinanze (artt. 18, 29, legge 87/1953)[1]. Si tratta dunque di deci-

[1] Diversi altri elementi concorrono a raffigurare le decisioni costituzionali come provvedimenti giurisdizionali. Anzitutto, l'organo da cui promanano tali decisioni è denominato "Corte costituzionale": comunemente, il termine 'corte' designa appunto un collegio cui sono attribuite funzioni giurisdizionali. La costituzione stabilisce, inoltre, che la Corte costituzionale "giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi" (art. 134): l'attività della Corte è dunque un'attività di "giudicare", e le questioni ad essa sottoposte hanno il carattere di "controversie". D'altra parte, i membri della Corte sono chiamati "giudici" (art. 135), e i procedimenti che si svolgono davanti alla Corte sono chiamati "giudizi" (art. 137, I c.). Si aggiunga che la legge 87/1953, art. 28, vieta alla Corte costituzionale "ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento". E ancora: i giudici costituzionali, benché scelti con procedure politiche (non per concorso), sono dei tecnici (cost., art. 135, II c.). Essi sono politicamente irresponsabili, giacché non possono essere revocati (art. 3, I c., legge cost. 1/ 1948), né nominati una seconda volta (art. 135, III c.). La Corte è un organo, per così dire, privo di iniziativa: le sue decisioni possono solo essere provocate dai giudici comuni,

sioni motivate (art. 18, legge 87/1953, III e IV c.), come richiesto dalla costituzione per i provvedimenti giurisdizionali in genere (art. 111, I c.). La prima questione da affrontare concerne la struttura logica - o, piuttosto, argomentativa - delle decisioni.

La motivazione delle decisioni di legittimità costituzionale presenta una struttura variabile, a seconda del tipo di questione di legittimità che è sottoposto al giudizio della Corte. In dottrina si usa distinguere tre diversi tipi di "vizi" della legge (per semplificare il discorso, conviene circoscriverlo alla fonte legge, tralasciando altre fonti, ad essa equiparate, egualmente sottoponibili al giudizio della Corte). Un "vizio" altro non è che una ragione di invalidità. Ebbene, a ciascun tipo di vizio corrisponde un diverso tipo di questione di legittimità, e a ciascun tipo di questione corrisponde una diversa struttura argomentativa in motivazione.

(1) Si dice che una legge è affetta da un vizio "di forma" allorché la sua illegittimità dipende non già dal suo contenuto prescrittivo, ma dal fatto che essa non è stata prodotta secondo le procedure previste dalla costituzione. Ad esempio, è formalmente viziata (del tutto indipendentemente dal suo contenuto normativo) una legge che sia stata approvata con procedimenti difformi da quelli prescritti dalla numerose norme espresse dall'art. 72 cost.

Ora, l'identificazione di un vizio formale presuppone due cose:

(a) in primo luogo, l'interpretazione della costituzione: più precisamente, di quelle disposizioni costituzionali che governano la procedura di formazione della legge; le disposizioni in questione esprimono delle comuni norme di condotta, benché rivolte a soggetti tutt'affatto particolari (soggetti, quali le Camere, investiti di competenze normative);

(b) in secondo luogo, l'accertamento (empirico) dei procedimenti effettivamente seguiti nella produzione della legge, ossia della condotta tenuta dal "legislatore" (cioè dall'organo legislativo) nel legiferare.

Dunque, l'identificazione di un vizio formale richiede la comparazione tra un certo comportamento (il comportamento del "legislatore") e certe norme. La legge è valida se queste norme di condotta

---

dallo Stato, o dalle Regioni (art. 127 cost., artt. 1 e 2 legge cost. 1/1948). La Corte non può neppure delimitare a suo piacimento l'oggetto del giudizio di legittimità, giacché deve pronunciarsi "nei limiti dell'impugnazione" (art. 27, legge 87/1953).

sono state osservate (ossia se il comportamento del "legislatore" è stato conforme ad esse); la legge è invalida se quelle stesse norme sono state violate (ossia se il comportamento del "legislatore" è stato difforme da esse).

In talune circostanze, peraltro, questo schema elementare di motivazione può essere lievemente più complicato. Accade, infatti, che la costituzione disciplini il procedimento legislativo non già interamente, ma solo in modo sommario, facendo rinvio per una disciplina più dettagliata ai regolamenti parlamentari (artt. 72, I, II, e III c., e 64, I c.). Tale rinvio può essere inteso nel senso che la conformità del procedimento legislativo ai regolamenti parlamentari sia condizione necessaria di legittimità (costituzionale) della legge. In altri termini, secondo questa interpretazione - respinta però dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost. 9/1959, 296/1984) - la violazione "diretta" di una norma regolamentare costituisce altresì violazione "indiretta" della Costituzione stessa: precisamente di quella norma costituzionale che richiede appunto l'osservanza del regolamento parlamentare (se io ti comando di obbedire a Tizio, evidentemente, disobbedendo a Tizio, tu violi indirettamente anche il mio comando)[2].

Se ci si pone da questo punto di vista, nei casi di (presunta) violazione di una norma procedurale contenuta in un regolamento parlamentare, l'identificazione di un vizio formale richiede:

---

[2] Si dice "parametro di legittimità costituzionale" quella norma (o quell'insieme di norme) cui la legge deve essere raffrontata per giudicare della sua legittimità costituzionale. Ora, in principio, parametro di legittimità costituzionale può solo essere una norma (o un insieme di norme) di rango costituzionale (artt. 23, I c., e 28, legge 87/1953). Talora accade, tuttavia, che le norme costituzionali facciano rinvio a norme di rango legislativo, o comunque di rango sub-costituzionale, esigendone l'osservanza da parte del legislatore. In questi casi, la legittimità costituzionale della legge è condizionata all'osservanza non solo delle norme costituzionali, ma altresì delle norme sub-costituzionali cui la costituzione stessa fa rinvio. Si parla a questo proposito di "norme interposte" (interposte tra la costituzione e la legge). Ad esempio, sono norme interposte in questo senso: le norme dei regolamenti parlamentari rispetto alla legge ordinaria dello Stato (art. 72, I c., cost.), sebbene la Corte costituzionale sia di avviso contrario; le norme della legge di delegazione rispetto ai decreti legislativi delegati (art. 76 cost.); i principi fondamentali delle singole materie di competenza della legislazione regionale, stabiliti con legge dello stato, rispetto alle leggi delle Regioni a statuto ordinario (art. 117, I c., cost.). Le norme interposte condizionano, al pari delle norme costituzionali, la legittimità costituzionale delle leggi o degli atti con forza di legge cui si riferiscono.

(a) l'interpretazione delle disposizioni o clausole costituzionali contenenti il rinvio (ad es.: «Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa», art. 72, I c.);

(b) l'interpretazione delle disposizioni alle quali la Costituzione fa rinvio (in questo caso, le disposizioni dei regolamenti parlamentari);

(c) l'accertamento delle procedure effettivamente seguite dalla Camere nell'approvazione di quella data legge.

Anche in questo caso, si tratta comunque di controllare che certe norme di condotta - espresse non direttamente dalla costituzione, ma da disposizioni regolamentari richiamate in costituzione - siano state osservate.

(2) Si dice che una legge è affetta da un vizio "materiale", allorché il suo contenuto normativo contrasta (in tutto o in parte) con una o più norme sostanziali della costituzione. La legge, in altre parole, contiene od esprime una norma che è incompatibile con una norma costituzionale: per esempio, una norma costituzionale vieta la pena di morte, una norma del codice penale l'ammette. Si tratta, in questo caso, di una antinomia tra norme collocate su due gradi diversi dell'ordinamento (dal punto di vista della gerarchia delle fonti).

L'identificazione di un vizio materiale presuppone:

(a) l'interpretazione della costituzione: più precisamente, di quelle disposizioni costituzionali che limitano il contenuto delle leggi future, o perché escludono che le leggi possano avere un certo contenuto (ad esempio: disposizioni costituzionali che conferiscono diritti di libertà), o perché richiedono che le leggi abbiano un certo contenuto (ad esempio: disposizioni costituzionali programmatiche, riserve di legge cosiddette rinforzate, etc.);

(b) l'interpretazione della legge in questione, così da identificarne compiutamente il contenuto normativo.

Per identificare un vizio di forma, come si è visto, occorre raffrontare un comportamento con certe norme, così da decidere se il comportamento tenuto sia conforme o difforme da quello prescritto. Per identificare un vizio materiale, occorre invece raffrontare tra loro due norme - una norma costituzionale e una norma legislativa - così da decidere se tali norme siano tra loro compatibili o incompatibili. Qui non si tratta di un comportamento che viola una norma, ma si tratta di una norma che è incompatibile con un'altra.

Di nuovo, questo semplice schema di motivazione può, in talune circostanze, risultare più complicato. Accade infatti che la costituzione richieda, come condizione di validità di certe fonti, la loro compatibilità non già solo con la costituzione stessa (e con le leggi costituzionali, s'intende), ma anche con altre norme non di rango costituzionale[3]. Fin qui, per semplicità, abbiamo circoscritto il discorso alla legge formale dello Stato; ma ora, sempre per amor di semplicità, conviene invece addurre l'esempio di una fonte diversa: il decreto legislativo delegato.

La costituzione (art. 76) prescrive che ogni legge, con la quale il Parlamento deleghi al Governo l'esercizio della funzione legislativa, debba, tra le altre cose, determinare i "principî e criteri direttivi" cui dovrà ispirarsi la normazione delegata. E' opinione pressoché pacifica in dottrina che sia condizione necessaria di validità dei decreti delegati, sotto il profilo materiale (cioè del loro contenuto), la compatibilità con i principî costituzionali, certo, ma anche con i principî e criteri direttivi fissati nella legge di delegazione. E si ritiene che ciò sia (implicitamente) richiesto dalla costituzione stessa. Dunque, un decreto delegato che sia "direttamente" in contrasto con la legge di delegazione è altresì in contrasto, "indirettamente", con la costituzione (nuovamente: se io ti comando di obbedire a Tizio, disobbedendo a Tizio, tu disobbedisci anche a me).

In questo caso, l'identificazione di un vizio materiale richiede:

(a) l'interpretazione della disposizione costituzionale, la quale appunto fa dipendere la validità del decreto delegato dalla sua conformità alla legge di delegazione (in concreto: l'art. 76);

(b) l'interpretazione della legge di delegazione, e in particolare delle sue disposizioni di principio;

(c) e finalmente l'interpretazione del decreto delegato stesso.

Qui, insomma, il vizio materiale del decreto delegato dipende dal contrasto di una sua norma non direttamente con una norma costituzionale, ma con una norma formulata nella legge di delegazione (dunque con una norma di rango legislativo).

Peraltro, quello che precede non è che un esempio. Una relazione analoga a quella che intercorre tra legge di delegazione e decreto delegato si può riscontrare anche tra leggi regionali (adottate dalle Regioni ad autonomia ordinaria, nell'ambito della loro competenza legislativa cosiddetta "concorrente") e "principî fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato" (art. 117 cost.).

---

[3] Cfr. sopra, nota 2.

(3) Si dice, infine, che una legge è affetta da un vizio "di competenza", allorché essa verte su una materia che la costituzione o una legge costituzionale riserva alla competenza di una fonte diversa: ad esempio, e tipicamente, è affetta da un vizio di competenza una legge regionale la quale disciplini una materia riservata dalla costituzione alla legge statale.

Orbene, per identificare un vizio di competenza occorre:

(a) interpretare una o più disposizioni di rango costituzionale, esprimenti norme di competenza[4]: nel nostro esempio, occorre interpretare una disposizione di legge costituzionale;

(b) interpretare una o più disposizioni di rango legislativo (nel nostro esempio, una disposizione di legge regionale), onde identificarne l'oggetto.

E' opportuno sottolineare in qual modo il caso del vizio di competenza differisca dal caso del vizio materiale. Per accertare un vizio materiale, si è detto, occorre interpretare "compiutamente" le disposizioni impugnate: ossia accertare che cosa sia prescritto, o vietato, o consentito, a chi, in quali circostanze. Per accertare un vizio di competenza, al contrario, si richiede solo una interpretazione "parziale" della legge, giacché non importa accertarne il contenuto normativo nella sua interezza, ma solo identificarne la materia disciplinata. In altri termini, non interessa sapere se la legge statale impugnata, poniamo, qualifichi un dato comportamento come obbligatorio o facoltativo; interessa decidere se quel comportamento, comunque regolato, rientri nella competenza della legge statale. Ad esempio: può accadere di dover decidere se una data sanzione abbia carattere penale o amministrativo, e dunque se la legge in questione disciplini o no la materia penale (art. 25 cost.; cfr. Corte cost. 21/1957);

---

[4] Di "norme di competenza" si parla in due sensi. In un primo senso dell'espressione, diffuso soprattutto nella letteratura teorico-generale, una norma di competenza è una norma che conferisce ad un certo soggetto un certo potere normativo (ad es., l'art. 70 cost., che attribuisce alle Camere "la funzione legis-lativa"). In un secondo senso dell'espressione, che è comune nella letteratura giuspubblicistica, una norma di competenza è una norma che delimita per materia il potere normativo conferito ad un certo soggetto, ovvero circoscrive la materia che può essere disciplinata da un certo tipo di fonte (ad es., l'art. 117 cost., che determina le materie di competenza della legge regionale). Nel testo si parla di norme di competenza in questo secondo senso. (La violazione di una norma di competenza nel primo senso dà luogo - si potrebbe sostenere - ad un vizio di forma "radicale", tale da provocare non già solo la illegittimità, ma addirittura la "inesistenza" della fonte in questione.)

oppure può accadere di dover decidere se una data legge disciplini il campo denominato "industria e commercio", o invece il campo dei "rapporti privati" (art. 14, lettera d, Statuto Regione Sicilia, legge cost. 2/1948; cfr. Corte cost. 195/ 1972).

Anche nel caso del vizio di competenza, la motivazione può presentare una struttura alquanto più complicata di quella ora esposta[5]. Nuovamente, riprendiamo l'esempio dei decreti delegati. La costituzione (art. 76) prescrive alla legge di delegazione di determinare, tra le altre cose, l'"oggetto" della normazione delegata, in modo da circoscriverne il campo, ossia la competenza per materia.

E' opinione pressoché pacifica che sia condizione necessaria di validità dei decreti delegati, sotto il profilo della competenza, la conformità alla legge di delegazione (si tratterebbe di norma costituzionale implicita, costruibile a partire dall'art. 76 e soprattutto dall'art. 77, I c.). Dunque, un decreto delegato che eccedesse i limiti di oggetto fissati dalla legge di delegazione violerebbe, "indirettamente", la costituzione.

Ecco allora che, in questo caso, l'identificazione del vizio di competenza richiede:

(a) l'interpretazione della costituzione (nella specie: artt. 76 e 77, I c.);

(b) l'interpretazione della legge di delegazione, in particolare di quelle disposizioni che definiscono l'oggetto della normazione delegata;

(c) l'interpretazione (sommaria) del decreto delegato, così da accertarne l'oggetto[6].

---

[5] Cfr. sopra, nota 2.

[6] L'analisi che precede si limita a chiarire le premesse più immediate delle decisioni costituzionali (cosiddetta "giustificazione interna"). Per ciò che concerne le premesse ulteriori, ossia i procedimenti argomentativi attraverso cui si motiva la scelta delle premesse medesime (cosiddetta "giustificazione esterna"), si può fare riferimento alla teoria generale dell'interpretazione, giacché nella quasi totalità dei casi le premesse in questione sono appunto decisioni interpretative. Si osservi incidentalmente che la Corte costituzionale, specie nella sua giurisprudenza recente, argomenta spesso la sua interpretazione della legge semplicemente facendo riferimento al cosiddetto "diritto vivente", ossia all'interpretazione giudiziale consolidata della legge stessa (con particolare riguardo alla giurisprudenza della suprema Corte di cassazione).

2. L'oggetto delle decisioni costituzionali

Qual è esattamente l'oggetto delle decisioni costituzionali? Vertono esse su "leggi" (art. 134 cost.; art. 1 legge cost. 1/1948; artt. 27, 28, 29 legge 87/1953)? O vertono invece su "disposizioni" di legge (art. 23 legge 87/1953)? O, ancora, vertono su "norme" (art. 136 cost.; art. 30, III e IV c., legge 87/ 1953)? Occorre distinguere[7].

Per cominciare, conviene riprendere la distinzione, tracciata nel paragrafo precedente, tra i diversi tipi di vizi, dai quali una "legge" può essere affetta.

Ora, si osservi che il vizio formale, propriamente parlando, non colpisce la "legge" in quanto tale, ossia il testo o documento normativo approvato dall'organo legislativo. Il vizio formale, si ricorderà, attiene al procedimento di formazione della legge: dunque, esso attiene all'atto normativo, all'atto attraverso il quale la legge è stata prodotta[8]. Ovviamente, l'invalidità dell'atto normativo comporta altresì l'invalidità del testo normativo prodotto (indipendentemente dal suo contenuto: per questo si parla di vizio "formale"). Pertanto, allorché la questione di legittimità costituzionale riguarda un vizio formale, la decisione della Corte verte immediatamente sull'atto normativo in quanto tale (e solo mediatamente sul testo normativo). In principio, una decisione di accoglimento - cioè una dichiarazione di illegittimità costituzionale - travolge l'atto normativo e, per conseguenza, anche il testo della legge nella sua interezza (quale che sia il suo contenuto normativo).

Ma, per quanto concerne i vizi materiali, le cose sono assai più complesse[9]. Il vizio materiale, si ricorderà, si riduce ad una antinomia tra legge e costituzione. Tuttavia, evidentemente, non si danno antinomie tra "testi" (ossia tra disposizioni, tra enunciati in lingua non ancora interpretati): si danno antinomie solo tra "norme" (ossia tra disposizioni interpretate). In altre parole, l'antinomia è una relazione tra norme, e le norme sono il frutto dell'interpretazione; talché il riconoscimento di una antinomia presuppone, lo si è visto, l'interpretazione di due testi e il raffronto tra le norme da essi ricavate.

Parrebbe di dover concludere che le decisioni costituzionali, in presenza di questioni relative a vizi materiali, vertano sempre su norme. La Corte costituzionale, da questo punto di vista, non potrebbe che dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme. In un senso, ciò è esatto. Ma è possibile annullare una certa norma senza colpire anche la disposizione o le disposizioni di cui quella norma costituisce il significato? La risposta è: dipende[10]. Le possibilità più interessanti sono le seguenti.

(a) Una disposizione **D** è ambigua, e può pertanto essere intesa in due sensi alternativi. Intesa nel primo modo, essa esprime la norma **N1**; intesa nel secondo modo, essa esprime la diversa norma

[7] A rigore, le decisioni dette "di rigetto" - quelle cioè che non dichiarano l'illegittimità costituzionale di alcunché - non vertono né su leggi, né su disposizioni, né su norme. Esse vertono esclusivamente sulla "questione" di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte (dichiarandola infondata). Tali decisioni, in altre parole, non dichiarano "in positivo" che una legge è conforme a costituzione; si limitano a dichiarare "in negativo" che la questione sollevata è infondata. Inoltre, esse hanno effetti circoscritti al caso deciso. Da ciò seguono due cose. In primo luogo, la medesima questione può essere nuovamente sollevata (ed accolta, qualora la Corte muti avviso). In secondo luogo, e a maggior ragione, una diversa questione attinente alla stessa legge può essere sollevata (ed accolta). Una "questione" di legittimità costituzionale è identificata dalla congiunzione di due elementi: (a) le norme legislative che si sospettano incostituzionali; (b) le norme costituzionali che si sospettano violate. Una norma legislativa, pur non essendo in contrasto con una data norma costituzionale, potrebbe tuttavia rivelarsi in contrasto con una diversa norma costituzionale.

[8] L'espressione 'atto normativo' è usata con due diversi significati. In un primo senso, diffuso nella letteratura teorico-generale, 'atto normativo' designa un agire (più precisamente, un agire linguistico), che consiste nel produrre norme. In un secondo senso, comune nella letteratura dogmatica, 'atto normativo' designa il risultato, il prodotto, di un agire normativo, ossia un testo o documento normativo. Nel primo senso, è un atto normativo il legiferare. Nel secondo senso, è un atto normativo la legge stessa. Nel testo si parla di atti normativi nel primo senso.

[9] Per semplicità, in questa sede, conviene tralasciare i vizi di competenza. Basti dire comunque che, a somiglianza di quanto accade per i vizi materiali, anche i vizi di competenza (se distinti dai vizi formali "radicali", di cui sopra, alla nota 3) non colpiscono l'atto, ma colpiscono il testo e/o il suo contenuto normativo.

[10] Occorre ricordare che tra disposizioni e norme non vi è una relazione di corrispondenza biunivoca. Anzitutto, normalmente una disposizione ammette due (o più) interpretazioni alternative, talché essa esprime non una norma univocamente, ma due (o più) norme alternativamente (l'una o l'altra, secondo i diversi orientamenti interpretativi). Inoltre, a prescindere dai dubbi interpretativi, molte disposizioni esprimono una pluralità di norme congiunte. Infine, vi sono norme che sono ricavate non da una singola disposizione, ma da una molteplicità di disposizioni combinate, o addirittura dal sistema giuridico nel suo complesso (norme inespresse o implicite).

N2. Insomma, una stessa disposizione esprime due norme alternativamente. La norma N1 è in contrasto con la costituzione, mentre N2 è compatibile con la costituzione. In tal caso, la dichiarazione di illegittimità costituzionale può colpire la norma N1, lasciando intatta la disposizione D, giacché D può pur sempre essere intesa nel secondo modo (interpretazione adeguatrice), cosicché nessuna antinomia si manifesti.

(b) Una disposizione D ha un contenuto di significato complesso; essa esprime due norme congiuntamente: N1 e N2. Anche in questo caso, la norma N1 è in contrasto con la costituzione, mentre N2 è compatibile con la costituzione. Di nuovo, la dichiarazione di illegittimità costituzionale può colpire la norma N1, lasciando intatta la disposizione D, giacché da essa resta ancora possibile ricavare la norma N2, senza che ciò provochi una antinomia.

(c) Una disposizione D esprime due norme, N1 e N2, non importa se alternativamente o congiuntamente. Entrambe le norme sono in contrasto con la costituzione. In tal caso, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, nel colpire le norme, colpisce anche la disposizione in quanto tale, giacché essa, comunque interpretata, fa sorgere antinomie.

3. Una tipologia delle decisioni costituzionali

Di fatto, alcune decisioni della Corte costituzionale vertono su testi (disposizioni legislative), mentre altre vertono non direttamente su testi, ma solo su interpretazioni di testi, ossia norme *stricto sensu*, norme propriamente dette.

Preliminarmente, occorre distinguere le decisioni di accoglimento da quelle di rigetto. Le une dichiarano l'illegittimità costituzionale di una o più norme. Le altre respingono la questione di legittimità, e dunque non dichiarano l'illegittimità costituzionale di alcuna norma.

(1) Nell'ambito delle sentenze di rigetto, si possono distinguere le sentenze di rigetto senza ulteriori specificazioni dalle sentenze *interpretative* di rigetto.

(1.1) Le prime vertono su disposizioni, e dichiarano l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale in relazione ad una disposizione. Queste decisioni, proprio perché si pronunciano sulla disposizione in quanto tale, senza ulteriori specificazioni, non ne precludono alcuna interpretazione. Nei limiti di quella specifica questione di legittimità, la disposizione è legittima comunque interpretata.

(1.2) Le seconde vertono su norme, e dichiarano l'infondatezza della questione in relazione ad una sola norma tra quelle disgiuntamente espresse da una disposizione (ossia in relazione ad una soltanto delle interpretazioni, disgiuntamente possibili, di una disposizione). La Corte dichiara che quella certa disposizione non è costituzionalmente illegittima a condizione che essa sia interpretata in un certo modo. E' sottinteso che la stessa disposizione sarebbe costituzionalmente illegittima, qualora fosse invece interpretata altrimenti. Ma proprio perché quella disposizione ammette almeno una interpretazione conforme a costituzione, non vi è ragione di dichiararla illegittima: è sufficiente comandare (o piuttosto raccomandare) che essa sia interpretata nel modo conforme a costituzione (es. Corte cost. 3/1956, 8/1956, 11/1965).

Si tratta di un esempio paradigmatico di interpretazione adeguatrice: il significato di un testo normativo è "adeguato", conformato, al significato (previamente stabilito) di un altro testo, che costituisce fonte superiore dal punto di vista gerarchico. Tra due interpretazioni egualmente praticabili di quel dato testo, si presceglie quella che esclude l'insorgere di una antinomia con la costituzione.

Questo tipo di interpretazione consegue effetti di "conservazione dei testi normativi", giacché, in questo modo, si conserva validità ad un testo - che pure può essere interpretato in modo contrastante con la costituzione - purché suscettibile di essere inteso (anche) in senso conforme a costituzione. Occorre osservare, peraltro, che non vi è alcuna garanzia che il testo, la cui validità si è conservata, sia poi realmente interpretato dai giudici comuni nel modo indicato dalla Corte (poiché le decisioni di rigetto hanno efficacia limitata al caso deciso).

(2) Nell'ambito delle sentenze di accoglimento, si possono distinguere quelle che vertono su disposizioni da quelle che vertono su norme.

(2.1) Le sentenze di accoglimento che vertono su disposizioni, a loro volta, possono essere di due tipi, tra i quali conviene distinguere ulteriormente. Quelle del primo tipo possono dirsi sentenze (non interpretative) di accoglimento senza ulteriori specificazioni; quelle del secondo, sentenze (non interpretative) di accoglimento parziale.

(2.1.1) In primo luogo, si incontrano decisioni che dichiarano

l'illegittimità costituzionale di una disposizione nella sua totalità: la disposizione ne risulta annullata "interamente". L'invalidità, dunque, colpisce il testo in quanto tale: perché, si suppone, esso non ammette alcuna interpretazione conforme a costituzione; tutte le norme che da quel testo si possono ricavare sono in contrasto con la costituzione. La disposizione invalida non è più suscettibile di alcuna interpretazione, e pertanto non può più essere addotta in motivazione di provvedimenti giurisdizionali e amministrativi.

(2.1.2) In secondo luogo, si incontrano decisioni che colpiscono una disposizione, annullandola però solo parzialmente: limitatamente a certe parole (es. Corte cost. 202/1987). La disposizione non perde validità nella sua interezza, ma ne risulta come alterata, mutilata. In pratica, la Corte vieta che, nell'interpretare quella disposizione, siano tenute in conto certe parole. In tal modo, il contenuto normativo della disposizione viene ridotto, limitato: non è più consentito trarre da quella disposizione una certa norma (che corrisponde a quelle date parole)[11].

(2.2) Anche le decisioni che vertono solo su norme, su interpretazioni, lasciando inalterate le disposizioni, possono essere di tipi diversi.

(2.2.1) In primo luogo, si incontrano sentenze interpretative di accoglimento in senso stretto (simmetriche alle interpretative di rigetto). Si tratta di decisioni che annullano non già il testo (vuoi totalmente, vuoi parzialmente), ma soltanto una delle sue possibili interpretazioni alternative (es. Corte cost. 26/ 1961). La disposizione conserva la sua validità. L'annullamento colpisce solo una delle norme disgiuntamente espresse dalla disposizione. E' dunque preclusa una delle possibili interpretazioni della disposizione. Ma la

---

[11] Spesso una singola disposizione può essere scomposta in due (o più) sotto-disposizioni ciascuna della quali esprime una norma autonoma. Si immagini una disposizione **D** avente la seguente struttura: "Tizio può fare **z** nella circostanza **x** e nella circostanza **y**". Tale disposizione può essere scomposta nelle due sotto-disposizioni seguenti: (**D1**) "Tizio può fare **z** nella circostanza **x**"; (**D2**) "Tizio può fare **z** nella circostanza **y**". Ora, può accadere, ad esempio, che solo la norma espressa da **D1** sia in contrasto con la costituzione, e che la norma espressa da **D2** sia invece conforme a costituzione. Ecco allora che, in tale circostanza, la Corte pronuncerà una sentenza (non interpretativa) di accoglimento parziale, annullando solo una parte della disposizione: la parte corrispondente a **D1**, ossia concretamente le parole "nella circostanza **x**". Un buon esempio può vedersi nell'art. 266 cod. pen., su cui cfr. Corte cost. 139/1989.

disposizione può ancora essere addotta in motivazione di provvedimenti giurisdizionali e amministrativi, purché interpretata in modo conforme a Costituzione.

(2.2.2) In secondo luogo, si incontrano sentenze interpretative di accoglimento parziale. Si tratta di decisioni che annullano una delle norme congiuntamente espresse da una disposizione: una norma, però, che non corrisponde ad uno specifico insieme di parole (es. Corte cost. 63/1966). Anche in questo caso, il contenuto normativo della disposizione viene ridotto, senza tuttavia che la disposizione ne risulti alterata nel suo tenore letterale.

(2.2.3) In terzo luogo, si incontrano decisioni che annullano una norma implicita, inespressa: una norma che non può essere ascritta ad alcun testo legislativo determinato, ma può solo essere ricavata, "costruita", dalla combinazione di una pluralità di disposizioni (ad es. Corte cost. 300/1983). Anche in questo caso, evidentemente, non vi è alcuna disposizione che perda la sua validità, ma è fatto divieto di manipolare le disposizioni esistenti in modo da ricavarne una certa norma. Pur senza toccare i testi delle fonti del diritto, queste decisioni sottraggono una norma (implicita) dal sistema giuridico.

(2.2.4) In quarto luogo, vi sono decisioni - dette "additive" - che annullano (all'apparenza) una disposizione "nella parte in cui non prevede" una certa cosa che dovrebbe prevedere per essere conforme a costituzione. Di fatto, queste decisioni non toccano in alcun modo la disposizione, giacché si riferiscono non alla disposizione esistente, ma piuttosto (paradossalmente) ad una disposizione o ad una parte di disposizione "assente". Simili decisioni sottraggono dal sistema giuridico una norma assolutamente inespressa (se non immaginaria) e, contestualmente, aggiungono al sistema giuridico una norma implicita: una norma, si badi bene, di rango legislativo, ma ricavata dall'interpretazione della costituzione; una norma che "deve" essere valida secondo la costituzione, e che perciò è concepita come valida, benché inespressa (es. Corte cost. 190/ 1970, 364/1988).

(2.2.5) In quinto luogo, vi sono decisioni - dette "sostitutive" - che annullano (all'apparenza) una disposizione in quanto prevede, o nella parte in cui prevede, una certa cosa "anziché" prevederne un'altra, che essa dovrebbe prevedere per essere conforme a costituzione. Di fatto, neanche queste decisioni toccano il testo della disposizione. Esse fanno due cose: per un verso, annullano una norma espressa dalla disposizione (una interpretazione della disposizione); per un altro verso, aggiungono al sistema giuridico una norma nuova

implicita. La norma aggiunta (in sostituzione di quella contestualmente annullata) è, anche in questo caso, una norma di rango legislativo, ricavata però dall'interpretazione della Costituzione (es. Corte cost. 15/1969, 86/1977)[12].

4. Dichiarazione o costituzione d'illegittimità?

Le decisioni di accoglimento della Corte costituzionale producono, per opinione pressoché unanime della dottrina (e della Corte stessa), l'"annullamento" degli atti, delle disposizioni, o delle norme cui si riferiscono: esse hanno, cioè, degli effetti generali, *erga omnes*, e (entro certi limiti) retroattivi. Conviene però domandarsi se tali decisioni abbiano carattere "dichiarativo" o "costitutivo". A prima vista, entrambe le cose paiono sostenibili con buoni argomenti.

In primo luogo, si può sostenere che le decisioni di annullamento siano "dichiarazioni" di illegittimità costituzionale, cioè constatino e proclamino una illegittimità preesistente.

Questa tesi è suggerita dal modo di esprimersi della Costituzione (art. 136, I c.), della legge 87/1953 (art. 30, I, III, e IV c.), e della stessa Corte costituzionale nei dispositivi delle sentenze: in tutti questi contesti ricorrono infatti voci del verbo 'dichiarare'.

Ma, soprattutto, questa tesi può essere argomentata osservando che: (a) la conformità alla costituzione è condizione necessaria di validità della legge; (b) dunque una legge in contrasto con la costituzione è invalida; (c) pertanto la Corte costituzionale non "produce" essa stessa questa invalidità: si limita ad accertare, riconoscere, una invalidità preesistente. Ciò spiega, tra l'altro, l'effetto (limitatamente) retroattivo della decisione di accoglimento della Corte: la legge era in contrasto con la costituzione prima di questa decisione e indipendentemente da essa.

In secondo luogo, si può sostenere invece che le decisioni di annullamento siano decisioni "costitutive": che cioè l'illegittimità costituzionale non preesista alla decisione della Corte, ma sia anzi il suo risultato.

Infatti, si può argomentare, la decisione della Corte è condizione necessaria perché la legge incostituzionale perda i suoi effetti.

[12] Solitamente, le sentenze sostitutive vertono su norme, come è detto nel testo. Ma, a dire il vero, non mancano casi in cui viene sostituita una parte di disposizione nel suo tenore letterale: cfr. ad es. Corte cost. 215/ 1987.

La legge incostituzionale - malgrado la sua illegittimità - è ben considerata valida e pacificamente applicata fino a che non intervenga l'annullamento. Può anche accadere che una legge incostituzionale (e perciò invalida) non sia mai sottoposta al giudizio della Corte, e che pertanto la sua invalidità non sia mai "dichiarata". In tali circostanze, evidentemente, la legge incostituzionale conserverà la sua "validità" apparente (o fittizia) e continuerà ad essere applicata.

Dunque, le decisioni costituzionali di accoglimento parrebbero essere, al tempo stesso, sia dichiarazioni di invalidità, sia costituzioni di invalidità. Questa situazione di stallo suggerisce l'opportunità di introdurre una coppia di distinzioni.

Da un lato, occorre distinguere l'invalidità della legge (relazione di antinomia tra legge e costituzione) e la sua efficacia (ossia il suo produrre effetti giuridici, il suo essere applicata).

Dall'altro lato, occorre distinguere tra il contenuto della pronuncia della Corte costituzionale (che è un giudizio di invalidità) e gli effetti di questa pronuncia (annullamento, i.e. perdita d'efficacia).

La validità e l'efficacia della legge sono cose tutt'affatto dissociate. La validità, infatti, non è una condizione necessaria di efficacia: anche le leggi invalide possono ben essere efficaci, ossia applicate (fino al momento in cui la loro invalidità non sia dichiarata dall'autorità competente, cioè appunto dalla Corte).

La sentenza di accoglimento pronunciata dalla Corte costituzionale è, dal punto di vista del suo contenuto, una dichiarazione di invalidità: essa non è costitutiva della invalidità[13]. Ma, al tempo stesso, il giudizio della Corte è costitutivo - ossia è condizione necessaria - degli effetti che produce (la disapplicazione della legge). Dunque, esso è costitutivo (non della invalidità, ma) della perdita di efficacia della legge.

In altri termini, la decisione costituzionale di accoglimento è "dichiarativa" in rapporto all'invalidità, "costitutiva" in rapporto all'inefficacia, della legge.

[13] Il vocabolo 'dichiarazione' non deve fuorviare. Esso sembra alludere al risultato di una operazione intellettuale semplicemente ricognitiva (cioè conoscitiva): un "accertamento", come suol dirsi. Ma, ovviamente, non di questo si tratta. Il giudizio di invalidità sopra una legge, come si è visto, presuppone una duplice decisione interpretativa: intorno al significato da attribuire alla legge, e intorno al significato da attribuire alla costituzione. L'interpretazione, a sua volta, è operazione largamente discrezionale. Dunque, che si parli di "dichiarazione" non significa che l'invalidità sia mera questione di fatto.

5. Le decisioni di accoglimento sono fonti del diritto?

Ci si è domandati in dottrina se le decisioni di accoglimento della Corte siano configurabili come fonti del diritto. Occorre sottolineare, preliminarmente, che la questione ha carattere squisitamente teorico: nel senso che non sembra rivestire alcuna portata pratica[14]. Inoltre, è opportuno osservare che la questione non ha carattere empirico: non si tratta, infatti, di accertare il regime giuridico delle sentenze di accoglimento (che non è in discussione); si tratta invece di convenire sopra un determinato concetto di 'fonte' a preferenza di altri. In altre parole, la soluzione al problema dipende (o dipende principalmente) dal significato che si preferisce attribuire alla locuzione 'fonte del diritto'.

Alla questione sollevata, la maggioranza della dottrina risponde in modo negativo: le decisioni di accoglimento non sono fonti del diritto. In favore di questa tesi si adducono due argomenti principali (o piuttosto due varianti di un medesimo argomento):

(a) le fonti del diritto sono atti normativi, ossia creativi di norme, e la creazione di norme è frutto di discrezionalità politica; per contro, le decisioni costituzionali hanno carattere giurisdizionale, non creano ma accertano norme preesistenti, ciò che non comporta alcuna discrezionalità politica;

(b) le fonti del diritto sono atti che innovano, modificano, il diritto, mentre le decisioni costituzionali si limitano a dichiarare il diritto costituzionale già esistente; la conseguente, eventuale, modificazione del diritto legislativo (annullamento di norme di legge) è disposta non dalla Corte, ma dalla costituzione stessa.

Il primo argomento si fonda, evidentemente, sopra una concezione ingenua (formalistica) dell'interpretazione giuridica, raffigurata come attività semplicemente conoscitiva di norme già date. L'applicazione del diritto non comporta valutazioni politiche, ma si riduce all'esecuzione di decisioni politiche altrui, accertate mediante interpretazione: come se i documenti normativi incorporassero un contenuto di significato univoco e ben determinato, suscettibile di puro e semplice "accertamento" scientifico. E' appena il caso di accennare che questo modo di pensare è oggi largamente screditato[15].

[14] In generale, è dubbio che la qualificazione di "fonte del diritto" abbia, in quanto tale, un qualche effetto giuridico (ad es., il regime giuridico della legge certo non muterebbe in assenza dell'art. 1 disp. prel. cod. civ., che qualifica la legge come "fonte del diritto"). In ogni caso, il regime giuridico delle sentenze costituzionali di accoglimento non è in discussione. Si discute, piuttosto, se - stante quel determinato regime giuridico - convenga o meno classificare tali sentenze tra le fonti del diritto.

Il secondo argomento, nella misura in cui non si limita ad iterare l'argomento precedente, contiene una osservazione esatta: a rigore, non è la Corte costituzionale che annulla certe norme di legge ritenute incostituzionali, ma è la costituzione stessa che accorda alle dichiarazioni di incostituzionalità della Corte questa peculiare efficacia. Ciò non toglie che tale efficacia, *erga omnes*, sia del tutto diversa dalla "normale" efficacia delle decisioni giurisdizionali, le quali, in linea di principio, producono effetti limitati al caso deciso (art. 2909 cod. civ.). L'efficacia delle sentenze costituzionali di accoglimento è analoga a quella della legge e degli atti normativi in genere. Vi è simmetria perfetta tra creazione e annullamento di una legge. Da questo punto di vista, la Corte costituzionale dispone di una sorta di potere legislativo "negativo".

La tesi opposta - secondo cui le sentenze di accoglimento sono fonti del diritto - si fonda su di un semplice sillogismo:

(a) premessa maggiore: costituisce fonte ogni atto che sia dotato di efficacia *erga omnes* (tale premessa non è che una definizione stipulativa di 'fonte del diritto');

(b) premessa minore: le sentenze costituzionali di accoglimento hanno efficacia *erga omnes*.

Naturalmente, se si accettano queste due premesse (e la seconda, come si è detto, è pacifica), la conclusione risulta obbligata:

(c) conclusione: le sentenze costituzionali di accoglimento sono fonti del diritto.

Da un diverso punto di vista, si potrebbe osservare quanto segue. Abbiamo visto che talune decisioni costituzionali - le sentenze

[15] Secondo la dottrina tradizionale dell'interpretazione, la Corte costituzionale accerta e applica norme costituzionali preesistenti. Da un diverso punto di vista, per contro, si potrebbe sostenere che, nell'interpretare la costituzione, la Corte esercita una sorta di potere costituente (giacché essa non "trova", ma decide il significato delle disposizioni costituzionali). Tra normazione e giurisdizione, tuttavia, una duplice differenza (almeno di grado) è innegabile: per un verso, formulare *ex novo* una norma è cosa palesemente diversa dall'interpretare un testo normativo (esso sì) precostituito; per un altro verso, in tutti o quasi tutti i sistemi giuridici moderni, la normazione è frutto di decisioni non motivate, mentre la giurisdizione consiste proprio nel decidere motivando, e precisamente motivando sulla base di norme (assunte e trattate come) preesistenti.

cosiddette "additive" e "sostitutive" - non si limitano a "dichiarare" (in qualche senso) il diritto costituzionale esistente, ma introducono nel sistema giuridico delle norme nuove di rango legislativo. Beninteso, queste norme sono considerate come norme niente affatto nuove, bensì implicite nella costituzione ("nascoste" nel testo o nello spirito della costituzione). E tuttavia, almeno in questo caso, la finzione di norme latenti nei testi normativi non pare sostenibile. Nessuno, infatti, è in grado di spiegare come possa la costituzione contenere delle norme inespresse, che non sono tuttavia norme costituzionali, bensì sono norme legislative.

Sotto questo profilo, la Corte costituzionale sembra disporre di un potere legislativo non solo "negativo", ma anche "positivo".

XIX.

Abrogazione

1. 'Abrogazione'

Il termine 'abrogazione', come in genere i vocaboli della lingua italiana dotati della medesima desinenza, è usato nei diversi contesti per designare:

(1) talvolta un atto: l'atto di abrogare;

(2) talaltra un effetto: l'effetto abrogativo, che è il risultato di un atto di abrogazione[1].

2. L'atto abrogativo in generale

L'atto abrogativo è un atto linguistico normativo.

Con il sintagma 'atto linguistico' designo la classe degli atti che si compiono mediante il linguaggio, ossia mediante il proferimento di enunciati. Sono non-linguistici quegli atti di cui il linguaggio può solo discorrere; sono linguistici quegli atti che il linguaggio (e solo il linguaggio) può anche eseguire[2]. Dire "Io passeggio" non è passeggiare, ma è descrivere una passeggiata: dunque passeggiare non è un

[1] Cfr. ad es. C.E. Alchourrón, *Normative Order and Derogation*, in A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982, p. 52.

[2] Cfr. R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pp. 79-80.

atto di linguaggio. Dire "Io giuro", nelle circostanze appropriate, è giurare, e non vi è altro modo di giurare se non proferendo (queste o altre) parole: dunque giurare - non diversamente da asserire, promettere, domandare, condannare, assolvere, avvertire, consigliare, interrogare, etc. - è un atto di linguaggio[3].

Con il sintagma 'atto normativo' designo una sotto-classe di atti entro la classe degli atti linguistici. Sono normativi quegli atti che - come comandare, autorizzare, permettere, e appunto abrogare - sono diretti in ultima istanza a modificare la condotta umana, e si compiono mediante il proferimento di enunciati normativi (prescrittivi, direttivi)[4].

Ai nostri fini conviene distinguere due accezioni di 'enunciato normativo'.

In senso stretto diremo normativo un enunciato che esprima una norma di condotta (un comando, un divieto, una autorizzazione). In questo senso, l'espressione 'enunciato normativo' designa quegli enunciati che si riferiscono ad un comportamento umano ed hanno forma deontica, o sono comunque parafrasabili in forma deontica, ossia in termini di 'obbligatorio', 'permesso', etc. Per esempio: "E' obbligatorio compiere la tale azione".

In senso lato diremo normativo un enunciato che, pur non esprimendo una norma di condotta, costituisca tuttavia un frammento di una o più norme di condotta. In questo senso, l'espressione 'enunciato normativo' designa ogni enunciato che, indipendentemente dalla sua forma e dal suo oggetto, sia riconoscibile come appartenente ad un sistema normativo. L'espressione 'sistema normativo', a sua volta, è qui usata per riferirsi ad un insieme di enunciati almeno uno dei quali sia normativo in senso stretto, e dunque

[3] Sul concetto di atto linguistico, cfr. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Clarendon, Oxford, 1962; J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U.P., Cambridge, 1969; M.-E. Conte, *La pragmatica linguistica*, in C. Segre (ed.), *Intorno alla linguistica*, Feltrinelli, Milano, 1983.

[4] Sul concetto di atto normativo, cfr. V. Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffré, Milano, 1959. Occorre avvertire, peraltro, che nel linguaggio giuridico corrente la locuzione 'atto normativo' si riferisce confusamente sia all'agire, sia al prodotto dell'agire. Conviene invece tenere distinte le due cose: legiferare è un atto normativo, ma il risultato del legiferare è piuttosto un documento normativo. Cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, pp. 5-9, 99-101.

esprima una norma di condotta. (Non diremo che un insieme di enunciati costituisca un sistema normativo, se in esso non vi sia formulata alcuna norma di condotta.) In questo senso e in questo contesto, dunque, 'enunciato normativo' è pressoché sinonimo di 'disposizione': qualunque enunciato del discorso legislativo può considerarsi un enunciato normativo, sebbene non tutti gli enunciati del legislatore siano deontici e vertano sul comportamento. Ad esempio, non sono deontiche le definizioni legislative, non sono deontici gli enunciati che eseguono un atto abrogativo, etc.

Gli enunciati, la cui enunciazione costituisce esecuzione di un atto abrogativo, sono normativi solo in senso lato: né sono deontici, né vertono su comportamenti. Insomma, non esprimono norme di condotta.

Se intendiamo per 'norma' il contenuto di senso di un enunciato normativo, anche per il termine 'norma' dovremo distinguere una accezione stretta ed una accezione lata, in corrispondenza alle due accezioni di 'enunciato normativo'.

In senso stretto diremo norme solo i comandi, i divieti, e le autorizzazioni, cioè appunto le norme di condotta.

In senso lato diremo norme anche i frammenti di norme di condotta. Ad esempio, diremo norme le definizioni legislative (che non sono né comandi, né autorizzazioni, ma piuttosto frammenti di tutti quei comandi e autorizzazioni nella cui formulazione ricorre il termine definito).

Usando in senso lato il termine 'norma', possiamo dire che gli enunciati, la cui enunciazione costituisce esecuzione di un atto abrogativo, esprimano norme abrogatrici.

Nel séguito userò il termine 'disposizione' per riferirmi a qualsiasi enunciato del discorso legislativo. Ed userò il termine 'norma' in senso lato, per riferirmi al contenuto di significato di una (qualsivoglia) disposizione.

In breve si può dire, almeno provvisoriamente, che un atto abrogativo si realizzi mediante il proferimento (l'emanazione) di una disposizione esprimente una norma abrogatrice.

Si osservi fin d'ora che, in tal senso, l'abrogazione non è ciò che appare: essa appare come "sottrazione" dal sistema giuridico delle norme abrogate; ma, a ben vedere, consiste piuttosto nella "addizione" a tale sistema di norme abrogatrici[5]. Ciò troverà con-

[5] R. Guastini, *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXIV, 1987. Per una diversa rico-

ferma nella analisi dell'effetto abrogativo.

Si può notare che, nell'ambito degli atti linguistici, gli atti normativi occupano una posizione particolare. Si distinguono infatti due specie di atti linguistici.

(a) Da un lato vi sono gli atti linguistici che possiamo chiamare 'discorsivi': sono quegli atti che meramente discorrono di uno stato di cose senza reagire su di esso. Esempi: asserire, negare, congetturare.

(b) Dall'altro lato vi sono gli atti linguistici che possiamo chiamare 'produttivi': sono quegli atti che producono, o comunque alterano, uno stato di cose. Esempi: condannare, scomunicare, e per l'appunto abrogare[6]. (Non è il caso qui di avventurarsi in una discussione ontologica sopra la natura degli "stati di cose" in questione: basti dire che, in linea di principio, gli stati di cose che risultano da atti di linguaggio dovrebbero essere riducibili ad eventi, essi pure, linguistici.)[7]

struzione dell'atto abrogativo si vedano: C.E. Alchourrón, *Normative Order and Derogation*, cit.; C.E. Alchourrón/E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latino-americana de investigaciones jurídicas y sociales, Valencia, 1979; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Permission and Permissive Norms*, in W. Krawietz / H. Schelsky / G. Winkler / A. Ramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1984; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Pragmatic Foundations for a Logic of Norms*, in "Rechtstheorie", 15, 1984; E. Bulygin, *Time and Validity*, in A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982; E. Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, in "Law and Philosophy", IV, 1985; E. Bulygin, *Permissive Norms and Normative Systems*, in A.A. Martino / F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, North Holland, Amsterdam, 1986.

[6] Cfr. M.-E. Conte, *La pragmatica linguistica*, cit.; A.G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977. Sulla differenza che intercorre tra negazione e abrogazione (di norme), si vedano: G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963; Id., *Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983; T. Mazzarese, *Negazione e abrogazione in deontica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XI, 1981; Id., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989; da ultimo anche R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, cit., pp. 67-68, 80-81.

[7] Sul punto si veda A. Ross, *Ascesa e caduta della teoria dei performativi* (1972),

Ebbene, gli atti normativi sono altresì - tutti - atti produttivi nel senso indicato. Si potrebbe anzi ipotizzare che, reciprocamente, tutti gli atti produttivi siano normativi.

Ancora in tema di atti normativi, forse non è intempestivo rilevare una strana asimmetria sintattica tra l'atto di abrogazione ed altri caratteristici atti normativi, quali comandare e permettere.

Ciascuno dei tre atti menzionati (abrogare, comandare, permettere) può essere compiuto mediante il proferimento di una enunciazione performativa esplicita: ossia di una enunciazione che, nel compierlo, espressamente nomini l'atto compiuto. Per esempio: 'Io comando', 'Io permetto', 'Io abrogo'.

Tuttavia, i verbi 'comandare' e 'permettere' richiedono, quale complemento oggetto un costrutto verbale che designi una condotta (una *that-clause*). Diversamente, 'abrogare' non tollera una costruzione siffatta, e richiede invece, quale complemento oggetto, una locuzione che designi una disposizione o una norma. Insomma: si comandano e permettono dei comportamenti; ma non si può abrogare un comportamento: si possono abrogare soltanto norme.

L'abrogazione è cosa connessa ai comandi e alle autorizzazioni, ma non è a sua volta né un comando, né una autorizzazione. Ciò sembra confermare: sia la tesi (peraltro ovvia) che le norme abrogatrici non siano norme di condotta; sia la tesi (meno ovvia) che le norme abrogatrici siano riducibili a frammenti delle norme abrogate. Ma su questo punto si dovrà tornare (*infra*, § 10).

3. Varietà di atti abrogativi in diritto italiano

Conviene ora fare un cenno alla disciplina dell'atto abrogativo in diritto italiano vigente. Se circoscriviamo il discorso al livello gerarchico della cosiddetta "forza di legge" e, per comodità di indagine, facciamo astrazione dal referendum abrogativo, la disciplina dell'atto abrogativo è contenuta nell'art. 15 disp. prel. cod. civ. Secondo una interpretazione pacifica in dottrina, questa disposizione prevede due generi e tre specie di atti abrogativi[8]. Una quarta specie, (apparen-

trad.it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982; nonché R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, cit., pp. 103 ss.

[8] Cfr. M.S. Giannini, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in "Annali Giurisprudenza Perugia", 56, 1942; S. Pugliatti, *Abrogazione*, in *Enciclopedia*

temente) autonoma dalle altre, si è tuttavia affermata nella prassi legislativa (*sub* 1.2) .

(1) In primo luogo, l'atto abrogativo può essere espresso, ossia eseguito mediante l'emanazione di una disposizione abrogatrice. D'altra parte possono distinguersi due tipi di disposizioni abrogatrici (*infra*, § 9), e conseguentemente anche due tipi di atti abrogativi espressi.

(1.1) L'abrogazione può dirsi 'nominata' allorché la disposizione abrogatrice identifica con precisione il suo oggetto. Per esempio: "E' abrogato l'articolo x della legge y". A questo tipo di abrogazione sembra ovvio assimilare l'abrogazione mediante referendum popolare *ex* art. 75 Cost.

(1.2) L'abrogazione può dirsi 'innominata' allorché la disposizione abrogatrice ha un oggetto indeterminato. Per esempio: "Sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente legge". E' questa la specie di atto abrogativo non prevista dall'art. 15 disp. prel. cod. civ., ma affermatasi nella prassi legislativa[9].

---

del diritto, I, Giuffré, Milano, 1958; A.M. Sandulli, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, UTET, Torino, 1963; F. La Valle, *Successione di leggi, in Novissimo digesto italiano*, XVIII, UTET, Torino, 1971; F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 22, 1972; R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, Zanichelli, Bologna, 1974, pp. 313 ss.; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, pp. 106 ss.; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. Rescigno (ed.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, UTET, Torino, 1982, pp. 247 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., CEDAM, Padova, 1984, pp. 178 ss.; G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984, pp. 39 ss.; R. Guastini, *A Theory of Derogation*, in A.A. Martino/F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, North Holland, Amsterdam, 1986; R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Giappichelli, Torino, II ed. 1989; C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Giuffré, Milano, 1987. Cfr. anche D. Donati, *Abrogazione della legge* (1914), ora in D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, I, CEDAM, Padova, 1986.

[9] Desumo la locuzione 'abrogazione innominata' da G.U. Rescigno, *Note preliminari sulle principali manchevolezze nella tecnica legislativa*, in AA.VV., *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, Maggioli, Rimini, 1983. Un esempio molto noto è l'art. 40, I c., legge 300/1970 (c.d. statuto dei lavoratori): "Ogni disposizione in contrasto con le norme contenute nella presente legge è abrogata". Sulla

(2) In secondo luogo, l'atto abrogativo - si dice - può essere tacito, ossia eseguito non mediante l'emanazione di una disposizione abrogatrice, ma altrimenti: mediante la emanazione di disposizioni di altra natura. Si distinguono però due tipi di abrogazione tacita.

(2.1) Si può parlare di abrogazione 'per incompatibilità' allorché viene emanata una disposizione che, per una determinata fattispecie, detta una disciplina che sia incompatibile con la disciplina dettata, per quella stessa fattispecie, da una disposizione cronologicamente antecedente. Talché la disposizione antecedente, ovvero la norma in essa contenuta, viene considerata abrogata anche in mancanza di un atto abrogativo espresso in tal senso[10].

(2.2) Si può parlare di abrogazione 'per nuova disciplina' allorché viene emanata una serie di disposizioni - ad esempio e tipicamente un testo unico, purché dotato di forza di legge - che, per un determinato insieme di fattispecie tra loro connesse (una "intera materia"), dettano una disciplina nuova (non necessariamente incompatibile) rispetto a quella dettata da una o più disposizioni cronologicamente antecedenti. Talché le disposizioni antecedenti, insieme con le norme in esse contenute, vengono considerate abrogate pur in mancanza di un atto abrogativo espresso in tal senso[11].

---

interpretazone di tale disposizione cfr. A. Freni/G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffré, Milano, 1971, p. 162; C. Assanti/G. Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, CEDAM, Padova, 1972, p. 438; G. Ghezzi/G. Mancini/F. Montuschi/U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 1972, pp. 631 ss. Un altro esempio recente è l'*incipit* dell'art. 19, I c., legge 907/1977: "Sono abrogate tutte le disposizioni legislative in contrasto con le norme della presente legge", su cui cfr. M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 253 ss.

[10] "Il disposto dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale consente di configurare l'abrogazione implicita di una legge in quanto si riscontri fra le nuove disposizioni e le precedenti un'incompatibilità evidente, una contraddizione di tal grado da renderne impossibile l'applicazione contemporanea; di guisa che dall'osservanza e dall'applicazione della nuova legge derivi inevitabilmente l'inosservanza e la disapplicazione dell'altra": Cass. 2246/1966, in "Giustizia civile", Massimario, 1966, 1293. Cfr. anche Cass. 2867/1951, in "Foro italiano", 1952, I, 584; Cass. 829/1973 (Mass.); Cass. 2979/1973 (Mass.); Cass 1423/1979 (Mass.); Cass. 6.5.1982, Cataldo, in "Rivista di diritto penale", 1983, 363. Trattasi di giurisprudenza consolidata.

[11] Questo tipo di abrogazione (senza incompatibilità) è guardato con sospetto dalla giurisprudenza. Cfr. ad es. Cass. 2230/1962, in "Giustizia civile", Massima-

4. Abrogazione legislativa vs. abrogazione giurisprudenziale

Introdurre la figura della abrogazione tacita, accanto a quella della abrogazione espressa, subito solleva un problema. Posto che l'atto abrogativo sia un atto linguistico (né si vede che altro mai potrebbe essere), può un simile atto essere "tacito"? Può compiersi un atto linguistico "tacendo"? E' pur vero che l'abrogazione tacita si compie non propriamente tacendo, bensì proferendo disposizioni: tuttavia, si tratta in questo caso di disposizioni non-abrogatrici, e pertanto non idonee, *prima facie*, ad eseguire un atto di abrogazione.

Prendiamo il caso della abrogazione per incompatibilità. In un primo momento il legislatore emana la disposizione: "Il tale comportamento è vietato". Così facendo, il legislatore esegue palesemente un atto di comando (egli emana un comando di omettere, ossia un divieto, se così si preferisce dire). In un secondo momento lo stesso legislatore emana una nuova disposizione: "Il tale comportamento è permesso". Sembra naturale dire che, in tal modo, il legislatore abbia compiuto un atto di permissione: e questo è tutto[12]. Un ulteriore atto abrogativo, se mai è stato eseguito, certo non è percepibile ai sensi.

Se, come pare, l'abrogazione è principalmente uno strumento per eliminare o prevenire conflitti tra norme provocati da un mutamento nella politica legislativa, ebbene dovremmo dire piuttosto che, permettendo un comportamento per l'innanzi vietato, il legislatore abbia instaurato, e non risolto, una antinomia. E che anzi occorra proprio un apposito atto ulteriore, abrogativo, perché tale antinomia scompaia[13].

Vero è che, prescrivendo una volta per tutte il principio di preferenza della *lex posterior* (art. 15 disp. prel. cod. civ.)[14], il legislatore sembra aver prevenuto definitivamente il problema, rendendo

---

rio, 1962, 1086; Cass. 2979/1973, in "Giustizia civile", 1973, 1546 (anche in "Foro amministrativo", 1974, I, 1, 205).

[12] E' di diverso avviso E. Bulygin, *Permissive Norms and Normative Systems*, cit.

[13] In tal senso cfr. H. Kelsen, *La derogazione* (1962), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit.; Id., *Diritto e logica* (1965), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; Id., *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979, pp. 84 ss.

[14] Cfr. § 3, *sub* 2.1.

superfluo tale atto abrogativo ulteriore. Si potrebbe dire così: in virtù della norma dell'art. 15 (che è una norma sull'abrogazione, e non una norma abrogatrice)[15], si realizza un effetto abrogativo, senza alcun atto specificamente abrogativo corrispondente, ma come risultato ulteriore di un atto normativo diverso (non-abrogativo). Tuttavia, volendo dar conto degli effetti di indeterminatezza del sistema giuridico che si presentano a seguito di una abrogazione tacita, la cosa può forse essere raffigurata più efficacemente nel modo che segue.

Stabilendo il principio della *lex posterior*, e astenendosi dall'accompagnare l'emanazione di nuove disposizioni con la contestuale abrogazione delle disposizioni incompatibili preesistenti, il legislatore conferisce ai giudici (e agli interpreti in genere) una sorta di delega permanente e continuamente rinnovantesi. Il contenuto della delega è il seguente: i giudici sono autorizzati a ritenere abrogate, e pertanto a disapplicare, tutte quelle disposizioni o norme che paiano loro incompatibili con disposizioni o norme successive. (Non è questo il luogo di illustrare in qual modo il principio della *lex posterior* interferisca con i principî di gerarchia, specialità, e competenza.)[16].

Ciò tuttavia è quanto dire che, nei casi di abrogazione "tacita", propriamente parlando non vi è atto abrogativo alcuno: quanto meno non vi è alcun atto abrogativo legislativo. Con una leggera forzatura, si potrebbe dire piuttosto che vi sia un atto abrogativo (autorizzato dal legislatore, ma) compiuto direttamente dal giudice e da questi imputato ad una presunta volontà del legislatore stesso. A questo riguardo si potrebbe parlare di "abrogazione giurisprudenziale". E' questo uno di quei casi in cui il giudice commette una "intrusione" nel discorso legislativo[17].

L'abrogazione legislativa si compie emanando una norma abro-

---

[15] *Infra*, § 9.

[16] Sul punto si possono vedere: V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", X, 1960; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., pp. 195 ss.; A. Pizzorusso *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Edizioni de "Il foro italiano", Roma, 1984, pp. 494 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova, 1984, pp. 10 ss.; G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*,cit., pp. 48 ss.

[17] Cfr. R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo alla-nalisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986; Id., *Production of Rules by Means of Rules*, in "Rechtstheorie", 17, 1986.

gatrice espressa (o esplicita). La "abrogazione giurisprudenziale", al contrario, si compie ricavando dal discorso legislativo una norma abrogatrice inespressa (o implicita), cioè costruendo o producendo una disposizione abrogatrice che il legislatore non ha mai emanato e che, per tale ragione, sarei incline a chiamare "disposizione apocrifa"[18].

Ecco: la distinzione tra abrogazione espressa e tacita può essere resa con evidenza mettendo in contrasto l'abrogazione legislativa con quella "giurisprudenziale". L'abrogazione espressa nominata (non così quella innominata, per le ragioni che si diranno[19]) è un atto normativo compiuto direttamente dal legislatore. L'abrogazione tacita è un atto normativo compiuto dal giudice, sia pure a séguito di una "delega legislativa", e da lui imputato al legislatore.

La differenza risulterà ancora più netta quando si analizzeranno gli effetti dei diversi atti abrogativi[20].

5. L'effetto abrogativo in generale

Quale effetto producono gli atti abrogativi sul sistema giuridico?

Questa domanda richiede, a ben vedere, una risposta articolata che tenga conto sia della distinzione tra disposizioni e norme[21], sia della distinzione tra i diversi tipi di atti abrogativi[22]. Tuttavia conviene iniziare con una duplice supposizione: in primo luogo, che l'effetto abrogativo sia un fenomeno unitario; in secondo luogo, che l'abrogazione operi su norme.

In diritto italiano gli effetti dell'abrogazione sono disciplinati, per comune opinione della dottrina e della giurisprudenza, dal combinato disposto degli artt. 11, I comma, e 15 disp. prel. cod. civ.[23]. L'art. 15 è comunemente inteso nel senso che l'abrogazione comporti

[18] Cfr. R. Guastini, *A Tentative Analysis of Two Juristic Sentences*, in A. Peczenik / L. Lindhal / B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984; Id., *Problemi di analisi logica della motivazione*, in "Contratto e impresa", 1986, n. 1.

[19] *Infra*, § 8.

[20] *Infra*, § 8.

[21] Accennata *supra*, § 2.

[22] Sviluppata *supra*, § 3.

[23] Si veda la dottrina cit. *supra*, alla nota 11.

la disapplicazione giudiziale delle norme cui si riferisce. L'art. 11 porta in rubrica "Efficacia della legge nel tempo", ed il suo I comma dispone il principio generale di irretroattività della legge. Dalla combinazione delle due disposizioni si ricava la meta-norma secondo cui le norme abrogatrici non retroagiscono, ma operano per l'avvenire.

Da ciò derivano due conseguenze. In primo luogo, le norme abrogate non devono essere applicate a fattispecie che si verifichino successivamente all'avvenuta abrogazione. In secondo luogo, le norme abrogate devono però essere applicate a rapporti e situazioni che si siano instaurati anteriormente all'abrogazione stessa e non siano ancora esauriti. In altre parole, l'abrogazione di regola opera *ex nunc* (sebbene non sia escluso che il legislatore faccia retroagire una disposizione abrogatrice con espressa dichiarazione in tal senso)[24].

Il punto può essere ulteriormente chiarito mettendo a raffronto l'abrogazione con il diverso istituto dell'annullamento di norme, ad opera della Corte costituzionale, per illegittimità costituzionale[25].

Dottrina e giurisprudenza concordano che effetto delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sia l'annullamento delle norme giudicate costituzionalmente illegittime, e che tale annullamento - a differenza dell'abrogazione - operi *ex tunc*, cioè retroagisca (art. 136, I comma, Cost.; art. 1 legge cost. 1/1948; artt. 23 e 30, III comma, legge 87/1953). Ciò non significa che vengano meno tutti gli effetti delle norme annullate. Significa però che le norme annullate non devono più essere applicate in alcun caso: non solo non devono essere applicate a fattispecie verificatesi successivamente alla pronuncia di incostituzionalità, ma neppure devono essere applicate a situazioni e rapporti sorti anteriormente a tale pronuncia e tuttora pen-

[24] Cfr. ad es. Corte cost. 19/1970, 175/1974, 70/1983.

[25] Sugli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, si vedano tra gli altri: T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in "Rivista di diritto processuale", XII, 1957; E.T. Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", XII, 1957; F. Pierandrei, *Corte costituzionale, in Enciclopedia del diritto*, X, Giuffré, Milano, 1962; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., pp. 381 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 165 ss.; R. Moretti / A. Pizzorusso / F. Sorrentino / G. Volpe, *Garanzie costituzionali*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981. Cfr. inoltre Cons. Stato 182/1972, in "Consiglio di Stato", 1972, I, 317; Corte cost. 288/1983, 168/1984.

denti[26].

E' importante osservare che, proprio in virtù di questa radicale differenza tra abrogazione ed annullamento, una norma abrogata resta tuttavia soggetta ad un possibile annullamento. Infatti, come si è detto, non è escluso che una norma abrogata possa ancora trovare applicazione giudiziale. Pertanto non è neppure escluso che, nel corso di un giudizio, un giudice - chiamato ad applicare una norma abrogata - si interroghi sulla sua conformità a Costituzione, e sollevi perciò una (rilevante) questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte. In tali circostanze, la Corte, dal canto suo, ben potrebbe pronunciare una sentenza di accoglimento, in conseguenza della quale l'applicazione della norma annullata sarebbe definitivamente preclusa al giudice del giudizio principale, così come ad ogni altro giudice futuro[27].

Sotto un diverso profilo, la differenza tra abrogazione e annullamento per illegittimità costituzionale risalta con tutta evidenza se ci si interroga sullo status delle norme in contrasto con la Costituzione, ma antecedenti alla Costituzione stessa. Devono, queste norme, ritenersi abrogate tacitamente per incompatibilità, in virtù del principio di preferenza della *lex posterior* (art. 15 disp. prel. cod. civ.)? O devono, queste norme, essere sottoposte al sindacato della Corte costituzionale, per essere da questa annullate in virtù del principio gerarchico (art. 136, I comma, Cost.)?[28]

Optare per la tesi dell'abrogazione comporta almeno tre gravi conseguenze. Primo: i giudici comuni (non-costituzionali) dispongono di un sindacato diffuso sulla legittimità costituzionale limitatamente alle leggi anteriori alla Costituzione. Secondo: trattandosi evidentemente di abrogazione tacita, non è garantita una giurisprudenza uniforme; può accadere che un giudice ritenga abrogata una certa norma (e quindi neghi ad essa applicazione), mentre un altro giudice la ritiene conforme a Costituzione (e pertanto ne fa applicazione); in

[26] Cfr. Corte cost. 1/1956, 77/1963.

[27] Cfr. Corte cost. 4/1959; Cass. 3423/1973, in "Giustizia civile", Massimario, 1973, 1778; Cons. Stato 298/1982, in "Consiglio di Stato", 1972, I, 566.

[28] Cfr. ad es. V. Crisafulli, *Incostituzionalità o abrogazione?*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2, 1957; C. Mortati, *Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", 12, 1957; C. Esposito, *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 3, 1958. Per quanto attiene alla giurisprudenza, cfr. spec. Corte cost. 1/1956, 2/1956, 40/1958, 1/1959, 4/1959.

ogni modo qualunque decisione di un giudice comune vale solo per il singolo caso da lui deciso. (Questa osservazione offre uno spunto importante per una analisi approfondita dell'effetto abrogativo; tale spunto sarà sviluppato a suo tempo.) Terzo: la norma eventualmente ritenuta abrogata resta tuttavia applicabile ad eventuali controversie sorte anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione e tuttora irrisolte.

Optare per la tesi dell'annullamento ad opera del giudice costituzionale, simmetricamente, comporta conseguenze non meno gravi. Primo: il controllo sulla legittimità costituzionale di leggi resta riservato alla Corte costituzionale anche per le leggi anteriori alla Costituzione; se ad un giudice comune si manifesta un dubbio intorno alla legittimità costituzionale di una norma che è chiamato ad applicare, egli non è autorizzato a disapplicarla (e nemmeno ad applicarla), e deve invece investire della questione la Corte costituzionale. Secondo: l'eventuale annullamento ad opera della Corte ha efficacia generale, *erga omnes*; la norma annullata non potrà più ricevere applicazione da parte di alcun giudice. Terzo: la norma annullata non sarà più applicabile ad alcuna controversia, non importa se nata prima che intervenisse l'annullamento.

6. Abrogazione come invalidazione?

E' molto diffusa, in sede di teoria generale del diritto, l'opinione che l'abrogazione tolga, revochi, estingua, o cancelli la validità delle norme cui si riferisce[29]. Questa tesi peraltro non è del tutto chiara a causa dell'incerto e mutevole significato del vocabolo 'valido'.

Probabilmente, in questo contesto, il vocabolo 'valido' è inconsapevolmente usato, e comunque può essere inteso, in non meno di tre sensi diversi[30].

(1) Anzitutto, 'valido' può essere inteso in senso forte o pieno. Diremo che una norma è valida in senso pieno allorché "appartiene" al sistema giuridico, ossia allorché sono soddisfatte entrambe le seguenti condizioni: (a) in primo luogo, la norma in questione è stata prodotta in conformità a tutte le meta-norme di competenza che go-

[29] Cfr. ad es. H. Kelsen, *La derogazione*, cit.; E. Bulygin, *Time and Validity*, cit. Io stesso avevo aderito a questa tesi in *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., p. 132 e *passim*.

[30] Una diversa distinzione si legge in E. Bulygin, *Time and Validity*, cit.

vernano la produzione del diritto in quel dato sistema giuridico; (b) in secondo luogo, la norma in questione non è incompatibile con alcuna norma gerarchicamente superiore. Sarebbe opportuno usare il termine 'validità' esclusivamente in questo senso forte.

(2) Inoltre, 'valido' può essere inteso in senso debole. Diremo che una norma è valida in senso debole allorché, semplicemente, "esiste" (allorché "appartiene" solo *prima facie* al sistema giuridico). A questo riguardo, i giuristi parlano talora di "mera esistenza" di una norma[31]. Questo concetto, purtroppo, mal si presta ad una definizione rigorosa.

Possiamo dire, con una certa approssimazione, che una norma "esista", o "appartenga" *prima facie* ad un certo sistema giuridico, quando è stata effettivamente emanata. Intendo dire che una norma può entrare a far parte di un sistema giuridico anche se, per avventura, è stata prodotta in modo non pienamente conforme a tutte le meta-norme procedurali e di competenza (le norme "di mutamento", se così si preferisce dire) che governano la produzione del diritto in quel sistema[32]. Perché una norma acquisti "esistenza", entri a far parte di un sistema giuridico, è sufficiente, di solito, che sia stata prodotta in modo conforme, sotto il profilo formale, solo ad alcune meta-norme sulla produzione giuridica (non necessariamente a tutte). Quel che più conta: una norma può venire ad "esistenza", entrare a far parte di un sistema giuridico, pur essendo in contrasto, sotto il profilo materiale, con una norma gerarchicamente superiore[33].

(3) Infine, in un terzo senso, 'valido' può essere inteso a designare la applicabilità di una norma ad una o più fattispecie concrete. In tal senso, una norma valida è, molto semplicemente, una norma suscettibile di applicazione (giurisdizionale e/o amministrativa) ad

[31] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, preferisce parlare, a questo proposito, di "vigore".

[32] L'espressione 'norme di mutamento' ("rules of change") è stata messa in circolazione da H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, capp. V e VI; in proposito cfr. N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto* (1975), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

[33] Una norma "esistente", ancorché invalida (in senso forte), continuerà ad "esistere" fino a che un organo competente non la annulli. Cfr. H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, pp. 298 ss., 308 ss.

una fattispecie data[34]. E' ciò che talvolta i giuristi chiamano "efficacia".

Una norma è applicabile ad una certa fattispecie quando ciò è prescritto dalle meta-norme (sulla giurisdizione) che governano l'applicazione del diritto nel sistema giuridico di cui si tratta: ad esempio, nell'ordinamento italiano, le norme formulate nel capo secondo delle disp. prel. cod. civ. intitolato appunto "Dell'applicazione della legge in generale".

L'importanza di queste distinzioni è ovvia. Una norma può "esistere" in un sistema giuridico senza tuttavia essere (pienamente) valida in esso. La mera "esistenza" di una norma, entro un sistema giuridico, è condizione sufficiente per la sua applicabilità in quel sistema. In altri termini, anche le norme invalide sono suscettibili di applicazione: almeno fino a che la loro invalidità non sia costitutivamente dichiarata da un organo competente (si pensi al caso di norme legislative in contrasto con la costituzione, la cui illegittimità non sia ancora stata dichiarata dalla Corte costituzionale; si pensi al caso di norme regolamentari in contrasto con la legge, la cui invalidità non sia ancora stata dichiarata da un organo di giustizia amministrativa).

In che senso dunque l'abrogazione revocherebbe la "validità" delle norme cui si riferisce?

(I) Forse l'abrogazione toglie "esistenza" alle norme, espelle dal sistema giuridico le norme cui si riferisce? Ciò non è sostenibile per varie ragioni.

In primo luogo - anche se questo non è un contro-argomento decisivo - suona strano che una norma non (più) "esistente" nel sistema possa tuttavia trovarvi (ancora) applicazione, sia pure limitatamente a fattispecie formatesi quando ancora la norma in questione apparteneva al sistema[35].

(Il contro-argomento non è decisivo poiché l'appartenenza al sistema è sì condizione sufficiente, ma non condizione necessaria per l'applicabilità di una norma. Il sistema giuridico italiano, come molti altri, include meta-norme sulla giurisdizione - norme di diritto internazionale privato - le quali fanno obbligo agli organi dell'applicazione di applicare norme appartenenti ad altri sistemi giuridici.)

In secondo luogo - e questo è un contro-argomento inconfutabile - suona ancora più strano che una norma non (più) "esistente"

[34] E' in questo senso del termine 'validità' che si usa parlare di "ambito (spaziale, o temporale, o personale) di validità" di una norma.

[35] E' di avviso contrario E. Bulygin, *Time and Validity*, cit.

nel sistema in quanto abrogata possa (ancora) essere ridondantemente espulsa da quel sistema mediante annullamento per illegittimità costituzionale.

(II) Forse l'abrogazione sottrae ad una norma la sua validità in senso forte? Non pare.

La validità in senso forte, come si è detto, sussiste quando una norma è stata prodotta conformemente a tutte le meta-norme sulla produzione e, inoltre, non è incompatibile con le norme gerarchicamente superiori. La validità così intesa o sussiste, o non sussiste: come non può essere conferita, neppure può essere revocata. Certo, la validità di una norma può anche venir meno, diacronicamente, qualora mutino le norme gerarchicamente superiori (l'invalidità sopravvenuta può essere una ragione per espellere quella norma dal sistema[36]). Ma, sincronicamente, ogni norma può solo essere o compatibile o incompatibile con le norme gerarchicamente superiori vigenti in un dato momento.

(III) Forse l'abrogazione sottrae ad una norma la sua qualità di norma applicabile? Sì e no.

Sì, dal momento che la norma abrogata non è applicabile a controversie che sorgano posteriormente all'abrogazione.

No, dal momento che la norma abrogata resta tuttavia applicabile a controversie sorte anteriormente alla abrogazione stessa.

7. Abrogazione come riduzione della sfera di applicabilità

Le osservazioni che precedono suggeriscono, mi pare, l'opportunità di lasciar cadere la tesi tradizionale, secondo cui l'effetto abrogativo sarebbe, nell'uno o nell'altro senso, una sorta di invalidazione o eliminazione delle norme abrogate. Questa tesi mal si adatta a dar conto dell'istituto dell'abrogazione in almeno un ordinamento giuridico: quello italiano vigente. La strada alternativa, più facilmente percorribile, è già stata indicata.

L'abrogazione consegue l'effetto di delimitare temporalmente (senza tuttavia annullare) la sfera di applicabilità delle norme cui si riferisce[37].

Supponiamo di poter ultimamente ridurre ogni norma (in senso stretto) ad una struttura profonda condizionale:

Se **f**, allora **g**

dove la protasi descrive una fattispecie, mentre l'apodosi prescrive una conseguenza giuridica. Ebbene, si può dire che l'abrogazione abbia l'effetto di mutare la protasi delle norme abrogate, circoscrivendo nel tempo la fattispecie condizionante[38]. Dunque la norma abrogata è non "sottratta" (dal sistema giuridico), ma soltanto modificata, mediante la "addizione" (al sistema giuridico) della norma abrogatrice[39].

Se questa è una raffigurazione adeguata dell'effetto abrogativo, conviene allora riservare il termine 'validità' per dar conto piuttosto del fenomeno dell'annullamento per illegittimità costituzionale.

Una norma legislativa in contrasto con la costituzione, diremo, è una norma invalida in senso forte. Tale norma è anche, però, "esistente", *prima facie* appartenente al sistema giuridico, fino a che la sua invalidità non sia costitutivamente dichiarata dalla Corte costituzionale[40]. Essa è altresì una norma applicabile, giacché la "mera esistenza", l'appartenenza *prima facie*, si ricordi, è condizione suffi-

---

[36] Si pensi al caso della illegittimità costituzionale sopravvenuta, su cui cfr. V. Crisafulli / C. Esposito / M.S. Giannini / C. Lavagna / C. Mortati / G. Vassalli, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla costituzione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1, 1956; C. Mortati, *Competenza esclusiva della Corte costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriori alla costituzione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 3, 1958; Id., *Ancora su incostituzionalità e abrogazione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 4, 1959; V. Onida, *L'attuazione della costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffré, Milano, 1977, vol. IV. Aggiungi la letteratura citata sopra, nota 23.

[37] Si veda, per tutti, G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit. In giurisprudenza, cfr. Corte cost. 49/1970, 63/1970.

[38] Nel lessico di R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952, si potrebbe dire che l'abrogazione alteri il frastico delle norme cui si riferisce (si dice "frastico" la parte referenziale di una norma, ossia l'insieme di termini che si riferiscono a soggetti, circostanze, comportamenti; si dice invece "neustico" la parte non referenziale di una norma, ossia espressioni come 'obbligo', 'obbligatorio', 'si deve', etc.).

[39] *Supra*, § 2.

[40] C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), rist. Giuffré, Milano, 1964. Sul carattere costitutivo delle sentenze di annullamento (e non di quelle soltanto), si veda H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., cap. V.

ciente di applicabilità.

Una norma legislativa riconosciuta costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale è una norma invalida in tutti i sensi di 'validità'. Una sentenza costituzionale di accoglimento produce infatti il seguente, triplice, effetto. (a) Anzitutto, la norma in questione è dichiarata: o difforme dalle meta-norme che ne disciplinano la produzione, o contrastante con una norma gerarchicamente superiore. Dal punto di vista della validità in senso forte, una sentenza costituzionale di accoglimento si presenta appunto come dichiarazione di invalidità. (b) Inoltre la norma in questione cessa di far parte del sistema giuridico. E l'espulsione, per l'appunto, si fonda sulla constatata invalidità (eventualmente sopravvenuta) di tale norma. Dal punto di vista della semplice appartenenza, la sentenza costituzionale di accoglimento si presenta come costitutiva della espulsione della norma invalida dal sistema. (c) Infine alla norma in questione viene anche revocata interamente l'applicabilità.

8. Varietà di effetti abrogativi

Fin qui, per semplificare l'indagine, ho ragionato sul duplice assunto che l'abrogazione operi su norme e che l'effetto abrogativo sia un fenomeno unitario. Ma ormai è tempo di abbandonare queste supposizioni semplificanti. A suo luogo ho introdotto la distinzione tra quattro specie di atti abrogativi[41]. Il punto è che gli atti abrogativi del primo tipo - quelli cioè che realizzano una abrogazione espressa nominata - operano in maniera diversa da tutti gli altri[42].

Preliminarmente, conviene distinguere tra uso di disposizioni e applicazione di norme. 'Applicare una norma' significa assumere una norma (una disposizione interpretata) quale premessa maggiore di un sillogismo normativo della forma: "Tutti i ladri devono essere puniti. Tizio è un ladro. Quindi Tizio deve essere punito". 'Usare una disposizione' significa riferirsi ad una disposizione per trarne (in sede di interpretazione) la norma che si assume a premessa maggiore del sillogismo normativo: in ultima istanza, usare una disposizione significa menzionarla in motivazione e addurla per giustificare la scelta della premessa maggiore. Orbene:

---

[41] *Supra*, § 3.

[42] F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, cit., spec. p.20.

(1) L'abrogazione nominata si attua mediante l'emanazione di una disposizione espressamente abrogatrice, la quale identifichi con precisione il suo oggetto. Ciò significa che questo tipo di abrogazione si riferisce non a norme (o almeno: non a norme in modo esclusivo e primario), bensì a disposizioni: quelle disposizioni appunto che sono espressamente nominate nella disposizione abrogatrice. L'abrogazione nominata, insomma, circoscrive nel tempo la possibilità di usare in giudizio certe disposizioni legislative, indipendentemente dal loro significato (indipendentemente dalle diverse interpretazioni che esse possono ricevere).

S'intende che, per conseguenza, anche l'applicabilità delle norme che da tali disposizioni possono essere ricavate mediante interpretazione risulterà egualmente circoscritta. Ma il punto essenziale è che l'abrogazione nominata agisce, nei confronti degli organi dell'applicazione, come un divieto ad usare le disposizioni abrogate quali fonti di norme regolatrici di singoli casi (che non siano sorti antecedentemente all'abrogazione). In concreto, è fatto divieto agli organi dell'applicazione di addurre le disposizioni abrogate in motivazione di provvedimenti giurisdizionali e amministrativi (sempre limitatamente a questioni nate posteriormente all'avvenuta abrogazione).

(2) Non così stanno le cose per ciò che riguarda l'abrogazione espressa innominata nonché le due diverse specie di abrogazione tacita.

L'abrogazione innominata, proprio perché non identifica il suo oggetto, non si riferisce a puntuali disposizioni legislative, ma soltanto a norme. Le norme, d'altro canto, sono frutto di interpretazione: sono appunto i significati che gli interpreti ricavano dalle disposizioni. E' fatto divieto agli interpreti di ricavare, dalle disposizioni previgenti, norme che siano in contrasto con quelle altre norme che essi stessi ricaveranno dalle disposizioni contenute nella nuova legge. (Se si fa astrazione dalla differenza che intercorre tra abrogazione e annullamento, l'abrogazione innominata produce effetti simili a quelli delle sentenze interpretative di accoglimento della Corte costituzionale.)[43]

---

[43] Sulle sentenze interpretative della Corte costituzionale, si vedano ad es. M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in "Giurisprudenza costituzionale", I, 1956; V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1, 1956; Id., *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. V, Giuffré,

Pertanto l'abrogazione innominata non fa nulla più che delegare agli interpreti di decidere quali norme, ed eventualmente quali disposizioni per conseguenza, siano in contrasto con la nuova legge e siano perciò da considerarsi abrogate. Per questa ragione, le formule di stile dell'abrogazione innominata non sono che ridondanti iterazioni del disposto dell'art. 15 disp. prel. cod. civ.[44]: hanno solo l'apparenza dell'abrogazione espressa, ma producono i medesimi risultati dell'abrogazione tacita, cioè - a ben guardare - della omessa abrogazione di disposizioni da parte del legislatore[45].

L'effettivo operare dell'abrogazione tacita e/o innominata dipende così duplicemente dall'interpretazione. Per un verso dipende dalle (mutevoli) interpretazioni delle disposizioni posteriori. Per un altro verso dipende dalle (mutevoli) interpretazioni delle disposizioni precedenti (a rigore, di tutte le disposizioni precedenti; quanto meno di quelle afferenti alla stessa materia).

Dunque, l'effetto dell'abrogazione tacita e/o innominata non è garantito: può accadere che certe norme (o addirittura le disposizioni che le esprimono) siano considerate abrogate dalle corti; ma può anche accadere di no. Quando l'effetto abrogativo si produce, si può ben dire che si tratti di "diritto giurisprudenziale". Nel senso che il prodursi di questo effetto richiede comunque almeno collaborazione da parte del giudice. E soprattutto nel senso che l'eventuale effetto abrogativo non può in alcun caso valere *erga omnes* (salva solo, eventualmente, la *auctoritas* di fatto esercitata dalla Suprema Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato).

Si osservi che l'abrogazione (tacita e/o innominata) di norme può anche agire indirettamente sulle disposizioni. Può accadere, ad esempio, che in giurisprudenza si affermi la univoca opinione secondo cui, date due disposizioni, ciascuna di esse esprime una sola norma, e le norme espresse sono tra loro confliggenti. In questo caso, sarà egualmente diffusa l'opinione che la disposizione precedente (e non solo una norma da essa ricavabile) sia da considerarsi abrogata. Ma, per lo più, le cose staranno diversamente.

Si supponga che una disposizione D sia suscettibile di due interpretazioni alternative. Secondo una prima interpretazione, essa esprime la norma N1; secondo l'altra interpretazione, essa esprime la norma N2. Si supponga inoltre che la norma N1 sia in contrasto con una norma posteriore, e che la norma N2 sia invece compatibile con essa. In conseguenza dell'abrogazione tacita e/o innominata la norma N1 dovrà considerarsi abrogata, ma l'applicabilità di N2 resta intatta. Pertanto la disposizione D potrà ancora essere addotta in motivazione di provvedimenti, purché interpretata nel senso N2. (Se si fa astrazione dalla differenza che intercorre tra abrogazione ed annullamento, una messe di esempi in tal senso può ricavarsi dalle sentenze interpretative della Corte costituzionale, in particolare dalle interpretative di accoglimento.)

Oppure si supponga che una disposizione D, per comune interpretazione, esprima congiuntamente due norme: N1 e N2; e che solo la prima di esse sia in contrasto con una norma posteriore. In questo caso solo la norma N1 dovrà considerarsi abrogata. Nuovamente, resterà intatta l'applicabilità di N2, e la disposizione sarà ancora suscettibile di uso giudiziale, benché ridotta nel suo contenuto di significato. (Ancora: se si prescinde dalla differenza che intercorre tra abrogazione ed annullamento, gran copia di esempi può ricavarsi dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare dalle sentenze di accoglimento parziale.)

In breve: in mancanza di abrogazione espressa nominata, opera il principio di preferenza della legge successiva, *lex posterior derogat priori*. Ma tale principio - non diversamente, del resto, dal principio gerarchico: si veda, nella giurisprudenza costituzionale, la distinzione tra sentenze interpretative e non - è suscettibile di due usi distinti in sede di applicazione, a seconda che sia riferito alle disposizioni o, invece, alle norme.

Se il principio è riferito alle disposizioni, la sua applicazione comporta che sia ritenuta abrogata la disposizione antecedente. Per conseguenza, tale disposizione, comunque interpretata, non sarà più suscettibile di uso alcuno: in pratica, salva sempre l'irretroattività della legge nuova, essa non potrà essere addotta in motivazione di provvedimenti giurisdizionali o amministrativi.

Se il principio è riferito alle norme, la sua applicazione comporta che sia considerata abrogata una norma antecedente, ma non necessariamente anche la disposizione da cui tale norma è espressa. Per conseguenza, la disposizione in questione potrà ancora essere addotta in motivazione di provvedimenti applicativi, purché non sia interpretata in modo contrastante con la norma successiva. In altri

---

Milano, 1969; A. Pizzorusso, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", XIII, 1963.

44 A. Freni / G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, cit., p. 162; R. Guastini, *Questioni di tecnica legislativa*, in "Le Regioni", 13, 1985.

45 *Supra*, § 4.

termini, si esclude in questo modo non l'uso della disposizione, ma solo l'applicabilità di una o più d'una delle norme in essa contenute.

Normalmente, in omaggio al principio di conservazione dei documenti normativi[46], il criterio della *lex posterior* è usato dagli interpreti nel secondo modo ogniqualvolta la disposizione antecedente, opportunamente intesa, sia suscettibile di esprimere anche una sola norma non incompatibile con la norma sopravvenuta. E' usato nel primo modo quando dalla disposizione precedente non sia possibile trarre alcuna norma che non sia incompatibile con la norma successiva: quando cioè qualsiasi interpretazione della disposizione successiva sia tale da far nascere un conflitto tra norme.

9. Disposizioni abrogatrici e disposizioni sulla abrogazione

L'abrogazione espressa, ed essa soltanto, si attua mediante l'emanazione di specifiche disposizioni (legislative) *ad hoc*. Conviene ora sottoporre ad analisi queste disposizioni[47].

Per cominciare, è opportuno distinguere le disposizioni abrogatrici dalle disposizioni sull'abrogazione. Sono abrogatrici quelle disposizioni che eseguono atti e conseguono effetti abrogativi. Sono disposizioni sull'abrogazione quelle che, come l'art. 15 delle disp. prel. cod. civ., disciplinano gli atti e gli effetti abrogativi.

Si può dire che le disposizioni sull'abrogazione esprimano congiuntamente una pluralità di norme. Per un verso, esprimono norme che conferiscono a certi atti (linguistici) il senso o valore di atti abrogativi[48]. Per un altro verso, esprimono norme di condotta rivolte ai giudici e concernenti l'applicazione delle disposizioni o norme abrogate.

Venendo alle disposizioni abrogatrici, occorre nuovamente distinguere tra abrogazione nominata e innominata.

(1) L'abrogazione nominata tipicamente è eseguita mediante l'emanazione di disposizioni della forma: "E' abrogato l'articolo **x** della legge **y**". Si tratta palesemente di disposizioni di secondo grado,

[46] Sul principio di conservazione dei documenti normativi: Corte cost. 152/1982, 292/1984.
[47] Cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., pp. 14 ss., 129 ss.
[48] Sulle norme che conferiscono senso, cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., pp. 16 ss., 53 ss.

ovvero esprimenti norme di secondo grado, o meta-norme che dir si voglia. Esse infatti non vertono su comportamenti, e pertanto non esprimono norme di condotta, bensì vertono su altri segmenti dello stesso discorso legislativo. Per la precisione, esse vertono su disposizioni (e non "su norme", come pure comunemente si dice, non distinguendo là dove sarebbe opportuno)[49].

(2) L'abrogazione innominata è tipicamente eseguita mediante l'emanazione di disposizioni della forma: "Sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente legge". Nuovamente si tratta di disposizioni di secondo grado, esprimenti meta-norme, che differiscono tuttavia dalle precedenti sotto un profilo importante. Queste disposizioni non vertono su (altre) disposizioni, ma proprio su norme propriamente intese: cioè non su segmenti del discorso legislativo, ma piuttosto sul loro contenuto di significato normativo (che dipende ovviamente dall'interpretazione, essendone una variabile).

Se le disposizioni abrogatrici esprimono meta-norme rispetto alle disposizioni o norme cui si riferiscono, le disposizioni sull'abrogazione, a loro volta, esprimono meta-norme rispetto alle disposizioni abrogatrici stesse.

10. L'analisi delle norme abrogatrici

Dal punto di vista della teoria generale delle norme, le meta-norme abrogatrici si prestano a non meno di tre diverse ricostruzioni. Tali ricostruzioni, forse, non si escludono reciprocamente: nel senso che ciascuna di esse getta luce sopra un diverso lato della questione.

(1) In primo luogo, si può sostenere che le disposizioni in esame esprimano norme solo "incomplete", ovvero "frammenti di norme". Questi frammenti andrebbero ad aggiungersi alle norme abrogate, modificandone la sfera temporale di applicazione[50]. Questa raffigurazione delle norme abrogatrici è la più plausibile, se si accolgono le argomentazioni fin qui svolte.

[49] Ad es., le disposizioni abrogatrici esprimerebbero norme su norme secondo T. Mazzarese, *Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XII, 1982, p. 426. Sull'interpretazione delle disposizioni in esame, cfr. Cons. Stato 767/ 1974, in "Foro amministrativo", 1974, I, 2, 1315.
[50] G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., p. 42. Cfr. *supra*, § 7.

(2) In secondo luogo, si può sostenere che le disposizioni abrogatrici esprimano norme in senso stretto, ossia norme di condotta, rivolte agli organi dell'applicazione e concernenti la sfera temporale di applicazione delle disposizioni o norme abrogate[51]. In altre parole, le disposizioni in parola possono essere intese come comandi, indirizzati ai giudici ed ai funzionari amministrativi, e dotati del contenuto seguente: le disposizioni o norme abrogate non devono più essere applicate se non a casi sorti anteriormente all'abrogazione stessa e tuttora irrisolti[52]. Pertanto, un giudice, il quale applicasse una norma abrogata ad un caso sorto posteriormente all'avvenuta abrogazione, "violerebbe" la norma abrogatrice. Da questo punto di vista le norme abrogatrici si configurano come meta-norme sulla giurisdizione: norme cioè che disciplinano l'applicazione del diritto[53].

Questo resoconto coglie certo la funzione pragmatica adempiuta dalle norme abrogatrici nel processo di applicazione del diritto, ma solo a prezzo di una evidente forzatura. Infatti, pare difficilmente contestabile che le norme abrogatrici vertano non già su comportamenti, bensì su altre disposizioni o su norme[54].

(3) In terzo luogo, si può sostenere che le norme abrogatrici siano norme "costitutive" [55]. In che senso? Probabilmente in tre sensi leggermente diversi.

(3.1) Anzitutto, le norme abrogatrici sono costitutive nel senso che: (a) realizzano direttamente il loro effetto, ossia l'abrogazione stessa; (b) pertanto non comandano a chicchessia di fare alcunché, e dunque non sono norme prescrittive di condotta; (c) per questa ragione non hanno neppure destinatari; (d) e quindi non richiedono esecuzione; (e) né sono suscettibili di violazione[56].

---

[51] *Supra*, § 8.

[52] In tal senso R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., p. 66.

[53] Desumo la locuzione 'norme sulla giurisdizione' ("rules of adjudication") da H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., ma ne faccio un uso alquanto differente.

[54] Cfr. *supra*, § 2.

[55] Per una rassegna dei diversi sensi in cui si è parlato di norme (o regole) costitutive, si veda P. Pollastro, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XIII, 1983; R. Guastini, *Six Concepts of 'Constitutive Rules'*, in "Rechtstheorie", Beiheft 10, 1986.

[56] G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. provv., Giuffré, Milano, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; C.E. Alchourrón, *Normative order and Derogation*, in A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982; N. Bobbio, *Norma*, in *Enciclopedia*, IX, Einaudi, Torino, 1980. Al riguardo cfr. R. Guastini, *Six Concepts of 'Constitutive Rules'*, cit.; Id., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., spec. pp. 25 ss.

Ictu oculi, questo è un resoconto molto efficace delle norme abrogatrici. Si osservi che, da questo punto di vista, un giudice, il quale applicasse una norma abrogata ad un caso sorto posteriormente all'avvenuta abrogazione, non "violerebbe" la norma abrogatrice: violerebbe piuttosto le norme sull'abrogazione, cioè quelle norme (sulla condotta giudiziale) che dell'abrogazione disciplinano gli effetti[57].

(3.2) Inoltre, le norme abrogatrici sono costitutive nel senso che la loro emanazione è condizione sufficiente per il prodursi di un certo stato di cose: l'effetto abrogativo per l'appunto[58].

A questo riguardo, peraltro, si devono forse notare due cose. In primo luogo, il discorso riferito sembra vertere non sulle norme, ma piuttosto sugli atti normativi che le pongono in essere. In secondo luogo, l'emanazione di qualunque norma giuridica è condizione sufficiente per il prodursi di uno stato di cose "normativo". Così, l'emanazione di una norma di condotta immediatamente realizza il sorgere di un obbligo (o di un divieto, o di un permesso), l'emanazione di una norma che ascriva una competenza ad un certo soggetto immediatamente determina il sorgere di quella competenza in capo a

---

[57] *Supra*, § 9.

[58] Cfr. *supra*, § 2. A.G.Conte, *Regola costitutiva in Wittegenstein*, in F. Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, UCT, Trento, 1981, pp. 59-60; Id., *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, in R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida Napoli, 1983, pp. 48-49; Id., *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, pp. 25, 29; Id., *Materiali per una tipologia delle regole*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 15, 1985. La tesi di Conte qui esaminata, in realtà, deve considerarsi nulla più che una riformulazione rigorosa della tesi di Carcaterra discussa *sub* 3.1. A mia volta, ho riformulato la tesi di Conte (ciascuna delle norme in questione è "condizione sufficiente di ciò su cui essa verte") per prevenirne un possibile fraintendimento (o per liberarla da un fatale errore): nel senso comune del verbo 'vertere', le norme abrogatrici palesemente vertono non sull'effetto abrogativo (di cui sono condizione sufficiente), ma sulle norme abrogate (che sono ovviamente preesistenti all'abrogazione). Cfr. R. Guastini, *Norme che sono condizione sufficiente del loro oggetto?*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986.

quel soggetto, e via dicendo[59]. Pertanto, questo modo di raffigurare le norme abrogatrici non soddisfa. Qui si tratta non tanto della differenza specifica delle norme abrogatrici rispetto ad altre norme, quanto piuttosto di un modo peculiare di raffigurare gli atti normativi tutti[60].

(3.3) Infine, le norme abrogatrici sono costitutive nel senso che ascrivono un senso, un valore, insomma una qualificazione normativa ad un qualche oggetto[61]. Le norme in questione sono ultimamente riducibili alla forma standard:

x ha valore di **y**

Di norme siffatte sono affollati tutti i sistemi giuridici.

La posizione **x** può essere occupata da termini che designano individui ("I diciottenni sono maggiorenni"), oppure comportamenti ("Il tale atto costituisce reato"), ovvero parti del discorso legislativo medesimo. E' quest'ultimo il caso delle norme abrogatrici, che vertono (né su individui, né su comportamenti, ma per l'appunto) su disposizioni o norme.

A sua volta, la posizione **y** può essere occupata, a seconda dei casi, da termini che designano status ('maggiorenne', 'cittadino'), o qualificazioni giuridiche del comportamento ('reato', 'sanzione'), o qualificazioni meta-linguistiche ascrivibili a disposizioni e norme ('valido', 'invalido', 'abrogato'). Ovviamente, è quest'ultimo il caso delle norme abrogatrici[62].

---

[59] G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, cit.; Id., *La forza costitutiva delle norme*, cit.

[60] R. Guastini, *Norme che sono condizione sufficiente del loro oggetto?*, cit.

[61] J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit.; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., pp. 17-18.

[62] Si osservi che anche da questo punto di vista le norme abrogatrici si configurano come frammenti di norme: non tuttavia come frammenti delle norme abrogate, bensì come frammenti delle norme sull'abrogazione, quelle cioè che, disciplinandone gli effetti, attribuiscono significato alla qualificazione 'abrogato' (che in mancanza di effetti giuridici sarebbe probabilmente un vocabolo privo di senso). Cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., pp. 18-21.

XX.

Positivismo giuridico e validità della costituzione

1. Il problema

Il tema di questo capitolo può essere formulato in forma di domanda: si può trovare un fondamento di validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico? si può dire che la costituzione sia valida da posizioni gius-positivistiche? Non è un problema nuovo, e non m'illudo di poter offrire risposte nuove. Cercherò semplicemente di esporre in modo chiaro e ordinato alcune tesi che possono ormai considerarsi acquisite.

Per rispondere alla domanda formulata sopra adotterò un procedimento che è caratteristico del metodo analitico in teoria del diritto. Cioè analizzerò preliminarmente la domanda stessa: più precisamente, i termini nei quali la domanda è formulata[1]. Questo modo di procedere è assolutamente necessario nella presente circostanza, giacché nella formulazione della domanda vi sono almeno due espressioni che non hanno un significato univoco, e richiedono perciò qualche chiarimento.

Mi riferisco, naturalmente, alla locuzione 'positivismo giuri-

---

[1] Cfr. R. Guastini, *Istruzioni per l'uso della teoria del diritto. Una lezione introduttiva*, in "Annali Giurisprudenza Genova", XVIII, 1980-1981; Id., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, introduzione; e la bibliografia ivi citata.

dico' e al vocabolo 'validità'. Da un lato, è cosa nota che, nella storia del pensiero giuridico moderno, la locuzione 'positivismo giuridico' è stata ed è usata per designare una molteplicità di concezioni del diritto alquanto diverse tra loro[2]. Dall'altro lato, il significato del vocabolo 'validità' è, a sua volta, una variabile che dipende appunto dalle diverse concezioni del diritto: si può dire che ad ogni concezione del diritto corrisponda un diverso concetto di validità[3].

Se si introducono delle opportune distinzioni tra i diversi significati di queste espressioni, risulta subito chiaro che la domanda da cui ho preso le mosse non è, dopo tutto, *una* domanda. Si tratta, piuttosto, di una pluralità di domande diverse, nascoste sotto una formulazione ambigua.

2. Giusnaturalismo vs. positivismo giuridico

A mio avviso, per comprendere il significato della locuzione 'positivismo giuridico', occorre anzitutto dire qualcosa, sia pure sommariamente, delle dottrine giusnaturalistiche (parlo di dottrine, al plurale, perché non vi è un solo tipo di giusnaturalismo, ma vi sono, racchiuse sotto questa etichetta, numerose dottrine alquanto diverse tra loro)[4]. Occorre gettare uno sguardo sommario alle dottrine del

[2] Il testo fondamentale al riguardo è: N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), rist. Giappichelli, Torino, 1979. Ma si veda anche: M.A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffré, Milano, 1962 (cap. I); N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965; AA.VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni della rivista "Il politico", n. 4, Istituto di Scienze politiche dell'Università di Pavia, Giuffré, Milano, 1967; nonché C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, II ed., Astrea, Buenos Aires, 1980; M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffré, Milano, 1987.

[3] Il testo fondamentale in proposito è: A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1962), trad. it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982. Ma cfr. anche A. Ross, *Giusnaturalismo contro positivismo giuridico* (1963), trad. it. in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXIII, 1979; nonché M.D. Farrell, *Hacia un criterio empirico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

[4] A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, III ed., Comunità, Milano, 1980; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

diritto naturale, giacché il positivismo giuridico si caratterizza originariamente per opposizione a tutte le forme di giusnaturalismo[5].

Schematicamente[6], si può dire che il nocciolo dei diversi giusnaturalismi sia costituito da una serie di tre tesi connesse:

(a) In primo luogo, le norme giuridiche sono non già semplici fatti, ma valori[7]. Talché: prendere conoscenza di una norma giuridica è, al tempo stesso, approvarla, accettarla come guida del comportamento. In altre parole, alle norme giuridiche si deve obbedienza.

(b) In secondo luogo, le norme giuridiche non dipendono da concreti atti di volontà (o di linguaggio) compiuti da uomini. Le norme giuridiche sono già date nella "natura" (nella natura dell'uomo, nella natura delle cose), come valori antecedenti ad ogni atto normativo umano, e indipendenti da esso[8].

(c) In terzo luogo, conoscere la "natura" è conoscere non solo fatti, ma anche norme, ossia valori. Vi sono dunque norme che possono essere ricavate dalla semplice conoscenza, e alle quali si deve obbedienza[9].

[5] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Comunità, Milano, 1952, appendice su "La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico".

[6] Una rappresentazione meno rozza del giusnaturalismo (contemporaneo) può vedersi in J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980; S. Cotta, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in "Iustitia", 42, 1989; Id., *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1990.

[7] Il senso di questa tesi può essere chiarito molto semplicemente come segue. Per chi concepisca le norme come fatti, dire che "esiste" una norma non è diverso dal dire che, di fatto, qualcuno ha rivolto un comando a qualcun altro. Per chi concepisca le norme come valori, al contrario, dire che "esiste" una norma è come dire che qualcuno deve, che qualcuno ha un obbligo. Cfr. A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit.

[8] M. Villey, *Le droit dans les choses*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

[9] Cfr. ad es. G. Kalinowski, *Le problème de la verité en morale et en droit*, E. Vitte, Lyon, 1967; Id., *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, L.G.D.J., Paris, 1969. Un'idea siffatta presuppone: da un lato, il rifiuto della cosiddetta "legge di Hume", cioè del principio secondo il quale non si possono ricavare norme dalla conoscenza; dall'altro lato, e per conseguenza, il rifiuto della distinzione stessa tra "essere" e "dovere", tra il linguaggio descrittivo e il linguaggio valutativo e prescrittivo (o normativo). Cfr. F.E.

Ebbene, per opposizione, il nocciolo di tutte le versioni del positivismo giuridico è costituito dalle idee seguenti.

(a) In primo luogo, le norme giuridiche sono semplici fatti, e non valori[10]. I fatti, evidentemente, non richiedono obbedienza. Si può prendere conoscenza di una norma giuridica senza, per ciò stesso, approvarla, accettarla come guida del comportamento. Alle norme giuridiche si deve obbedienza se, e solo se, le si accetti.

(b) In secondo luogo, non vi sono norme già date, in natura. Le norme giuridiche sono entità *language-dependent*, cioè dipendenti dall'uso del linguaggio[11]. Le norme giuridiche sono entità che possono essere prodotte solo da atti linguistici normativi o, se così si preferisce dire, da atti di volontà. "Kein Imperativ ohne Imperator"[12]: non vi sono comandi senza qualcuno che comandi.

(c) In terzo luogo, conoscere la natura è conoscere fatti, non valori. Non si possono ricavare norme dalla conoscenza[13].

3. Tre versioni del positivismo giuridico

Tuttavia, malgrado questo nocciolo comune, il positivismo giuridico non è una dottrina unitaria. Di fatto, il nome di 'positivismo

Oppenheim, *La tesi del diritto naturale: affermazione o negazione?* (1957), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

[10] Cfr. *supra*, nota 7.

[11] Per questa riformulazione in chiave analitico-linguistica del positivismo giuridico, sono debitore alla letteratura recente intorno alla cosiddetta "concezione espressiva delle norme". Cfr. C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Sobre la existencia de las norma jurídicas*, Oficina latino-americana de investigaciones jurídicas y sociales, Valencia, 1979; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981; E. Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, in "Law and Philosophy", IV, 1985. Da ultimo, anche R. Guastini, *Hans Kelsen su logica e diritto*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

[12] Così scrive Kelsen, riecheggiando W. Dubislav: cfr. H. Kelsen, *Diritto e logica* (1965), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, cit.

[13] Al fondo di questa concezione, in contrapposizione ai diversi giusnaturalismi, si può leggere: sia l'accettazione della "legge di Hume", sia la distinzione tra l'"essere" e il "dovere".

giuridico' si applica egualmente a svariate dottrine tra loro differenti. Occorre ora enumerarle.

(1) In primo luogo, c'è un genere di positivismo giuridico che chiamerò "scientifico". Si tratta di una dottrina che - come ha chiarito Norberto Bobbio[14] - propone un *approach*, un accostamento, scientifico allo studio del diritto. Ciò presuppone sia una delimitazione dell'oggetto della scienza giuridica, sia una distinzione tra il linguaggio della scienza e il linguaggio della morale.

Il positivismo scientifico, anzitutto, distingue tra il diritto "reale" e il diritto "ideale", tra il diritto positivo ("esistente") e il diritto immaginato o desiderato. In quanto teoria della scienza giuridica, il positivismo giuridico è la teoria secondo cui solo il diritto positivo è suscettibile di conoscenza, cioè a dire solo le norme "poste" costituiscono l'oggetto appropriato della scienza giuridica.

Inoltre, il positivismo scientifico distingue tra i giudizi di fatto (gli enunciati del linguaggio descrittivo, che sono caratteristici del discorso scientifico) e i giudizi di valore (gli enunciati del linguaggio prescrittivo e valutativo, che sono caratteristici del discorso morale). Il positivismo scientifico raccomanda alla scienza giuridica di assumere, nei confronti del diritto positivo, un atteggiamento di neutralità, non di valutazione. E' compito della scienza giuridica solo descrivere il diritto esistente, non valutarlo. Pertanto, il suo linguaggio non può che essere un linguaggio descrittivo: gli enunciati della scienza giuridica sono proposizioni suscettibili di esser vere o false.

Ora, occorre notare che vi sono, nella cultura giuridica contemporanea, (almeno) due versioni di positivismo scientifico: il normativismo[15] e il realismo[16].

[14] N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit.; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit. Colgo l'occasione per avvertire che la mia ricostruzione del positivismo giuridico è in più punti debitrice di quella offerta da Bobbio, ma se ne differenzia sotto diversi profili.

[15] Tipica in tal senso è la dottrina di Kelsen: cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit.; Id., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *Dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966. Sul normativismo: A.G. Conte, *Normativismo*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino, vol. XI, 1964.

[16] Tipica in tal senso è la dottrina di Ross: cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958. La tesi sostenuta nel testo, che colloca nell'ambito del positivismo giuridico sia il normativismo sia il realismo, costituisce una critica implicita a quel modo di pensare (invero abbastanza diffuso in Italia) che identifica *sic et simpliciter* giuspositivismo e normativismo, espungendo così il realismo

(1.1) Il normativismo è, al tempo stesso, una teoria del diritto e una teoria della scienza giuridica.

In quanto teoria del diritto, il normativismo sostiene che il diritto è un insieme di norme: quelle norme che sono state promulgate da un "legislatore" o, più in generale, da un'autorità normativa.

In quanto teoria della scienza giuridica, il normativismo sostiene che la scienza giuridica è conoscenza di norme: il suo oggetto è costituito dalle norme del diritto positivo; il suo compito è descrivere queste norme[17]. Da questo punto di vista, la scienza giuridica s'identifica perfettamente con ciò che i giuristi moderni abitualmente fanno.

(1.2) Anche il realismo si compone di una teoria del diritto e di una teoria della scienza giuridica.

Da un lato, secondo il realismo, il diritto è non già un insieme di norme, ma un insieme di comportamenti: i comportamenti dei legislatori, degli organi dell'applicazione, e dei giuristi (in quanto interpreti).

Dall'altro lato, secondo il realismo, la scienza giuridica è una scienza che verte su comportamenti, non diversamente da tutte le altre scienze sociali. Compito della scienza giuridica è descrivere, per l'appunto, gli atti di linguaggio del legislatore, le decisioni dei giudici, le dottrine elaborate dai giuristi, e così avanti.

In altre parole: il normativismo suppone che il diritto sia prodotto dalla legislazione (in senso lato) e che i giuristi trovino delle norme già fatte e rifinite, suscettibili di conoscenza; suppone che

al di fuori del positivismo giuridico. Tale tesi già si affaccia in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., e in E. Pattaro, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi* (1972), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976; ma è ricorrente soprattutto nei lavori di M. Jori: cfr. ad es. M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit.; M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 46 ss.

[17] Ho detto sopra (§ 2) che il positivismo giuridico concepisce le norme come fatti. In verità, non sempre la versione normativistica del positivismo giuridico tiene fede a questo postulato giuspositivistico. A rigore, si dovrebbero distinguere due varianti di normativismo: (a) da un lato, vi è un normativismo analitico, che concepisce le norme come enunciati del discorso prescrittivo, e concepisce pertanto la scienza giuridica come analisi del linguaggio (i.e. come interpretazione); (b) dall'altro lato, vi è un normativismo metafisico, che concepisce le norme come entità *sui generis* (entità del mondo del *Sollen*), distinte dai fatti. Alla prima corrente si possono ascrivere i normativisti italiani, come N. Bobbio, U. Scarpelli, e M. Jori; alla seconda si può ascrivere, tipicamente H. Kelsen.

l'interpretazione giuridica sia conoscenza di norme. Secondo il realismo, per contro, il diritto non è altro che il risultato dell'interpretazione e dell'applicazione; talché non vi sono norme affatto prima di, e indipendentemente da, la prassi giurisdizionale e amministrativa.

(2) Accanto al positivismo scientifico, vi è un'altra specie di positivismo giuridico, tutt'affatto diversa dalla precedente. Si tratta del legalismo o formalismo etico: adattando un'idea di Bobbio, potremmo anche chiamarlo positivismo meta-etico. Il legalismo, infatti, non è propriamente né una teoria del diritto, né una teoria della scienza giuridica. Si tratta piuttosto di una teoria della morale (una meta-etica, appunto), secondo la quale si deve obbedire al diritto positivo, c'è un obbligo morale di obbedire alle norme del diritto esistente. Da questo punto di vista, si noti, il diritto non è un insieme di norme qualsivoglia. Come per il giusnaturalismo, anche per il legalismo, il diritto è un sistema di norme obbligatorie o vincolanti[18].

4. Tre concetti di 'validità'

Il significato del vocabolo 'validità' - come ho già detto - muta in corrispondenza alle diverse concezioni del diritto. Non vi è una sola concezione "positivista" della validità: non c'è, in altri termini, un solo concetto di 'validità' che sia comune a tutte le versioni del positivismo giuridico.

(1) Anzitutto, per ciò che concerne il positivismo scientifico, si può dire, in generale, che la validità di una norma sia un problema scientifico; quindi un problema non di valutazione, ma di conoscenza.

Ciò vuol dire che i giudizi di validità su norme - della forma 'La norma **N** è valida / invalida' - sono proposizioni nel senso logico del termine, ossia enunciati del linguaggio descrittivo: insomma, enunciati di cui si può predicare la verità o falsità.

[18] Anche il legalismo, dunque, tratta le norme giuridiche piuttosto come valori che come fatti. La differenza tra giusnaturalismo e legalismo sta ovviamente in questo: che per il legalismo non vi sono norme giuridiche in natura, ma solo norme "poste" da autorità normative umane. Tracce di legalismo si trovano anche in Kelsen: cfr. ad es. H. Kelsen, *Perché obbedire al diritto?* (1957), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981.

Ma, detto questo, è ancora necessario distinguere tra il positivismo normativista e il positivismo realista.

(1.1) Nella teoria normativista, il concetto di 'validità' è un concetto del tutto formale. 'Validità' significa, pressappoco, *membership*, appartenenza: una norma valida è, molto semplicemente, una norma che può essere identificata come norma appartenente ad un sistema giuridico dato (impiegando i criteri d'identificazione propri di quel sistema)[19].

A dire il vero, il concetto di 'validità' è alquanto complesso. Ma, volendo semplificare, si può dire: una norma è valida entro un sistema dato allorché (a) è stata prodotta da un atto normativo conforme alle meta-norme di competenza e procedura, e (b) non è incompatibile con norme superiori (sovra-norme) nella gerarchia delle fonti.

Dunque, da questo punto di vista, un giudizio di validità è una proposizione che concerne una norma, e più in particolare le relazioni tra questa norma ed altre norme del sistema. A mio avviso, questo concetto di 'validità' è precisamente lo stesso concetto di 'validità' che è abitualmente impiegato dai giuristi[20].

Nel seguito, userò il termine 'validità' esclusivamente in questo primo senso.

(1.2) Nella teoria realista, affermare che una norma è valida significa, pressappoco, affermare che questa norma è effettiva, in vigore. Una norma può considerarsi in vigore allorché è comunemente osservata ed usata dai suoi destinatari e dagli organi dell'applicazione.

Da questo punto di vista, i giudizi di validità sono proposizioni che vertono, molto semplicemente, su fatti sociali. Si tratta di proposizioni la cui verità o falsità può essere controllata empiricamente.

Nel seguito, per riferirmi a questo secondo concetto di 'validità', userò il vocabolo 'vigore'[21].

(2) Infine, per ciò che concerne il legalismo, 'validità' significa obbligatorietà, "forza vincolante". Una norma valida è una norma obbligatoria, cioè una norma alla quale è dovuta obbedienza. D'altra parte, i legalisti pensano spesso che l'obbligatorietà di una norma dipenda dalla sua mera "esistenza" (cioè, secondo i casi, dal semplice fatto che è stata promulgata da un'autorità normativa o, più frequentemente, dal fatto che è in vigore). L'esistenza di una norma è concepita come condizione sufficiente della sua obbligatorietà.

Evidentemente, qui, il problema della validità non è più un problema scientifico: è piuttosto un problema di valutazione. E' ovvio che, così intesi, i giudizi di validità ('La norma **N** è valida = obbligatoria') sono enunciati del discorso valutativo o prescrittivo[22]. Come tali, non sono né veri né falsi.

Ciò nonostante, occorre sottolineare che, nel legalismo, i giudizi di validità sono pensati e trattati come proposizioni nel senso logico del termine (enunciati veri o falsi). I teorici del legalismo credono che la "forza vincolante" di una norma sia un fatto.

Da questo punto di vista, si può dire - accogliendo un suggerimento di Alf Ross - che il legalismo sia, malgrado tutto, un "quasi-positivismo", cioè una variante del giusnaturalismo piuttosto che del positivismo giuridico, e più precisamente una variante del giusnaturalismo conservatore[23]. Il legalismo, non diversamente dalle dottrine del diritto naturale, non distingue tra il linguaggio della scienza e il linguaggio della morale. Abitualmente, il legalismo respinge la "legge di Hume", giacché trae un giudizio di valore da un giudizio di fatto ("La norma **N** è obbligatoria perché è stata promulgata, ovvero perché è in vigore").

Nel seguito, per riferirmi a questo terzo concetto di 'validità',

---

[19] Cfr. E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento*, in AA. VV., *Derecho, filosofía, y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976; Id., *Validez y positivismo*, in AA.VV., *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del derecho. Comunicaciones*, Asociación Argentina de Filosofía del derecho, La Plata, 1987, vol. I.

[20] Cfr. N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), ora in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, cit.; C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971; R. Guastini, *A Tentative Analysis of Two Juristic Sentences*, in A. Peczenik et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984; Id., *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXIV, 1987.

[21] A. Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989. In senso diverso l'espressione "in vigore" è usata da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.

[22] Un enunciato del tipo 'La norma **N** è obbligatoria' non descrive (in alcun senso possibile) la norma in questione, ma ne domanda o raccomanda l'obbedienza.

[23] A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, cit.

userò il vocabolo 'obbligatorietà'.

5. La questione riformulata

Dunque non vi è un solo concetto di 'validità' nel positivismo giuridico. Ve ne sono almeno tre: validità *stricto sensu*, vigore, e *obbligatorietà*.

Alla luce di questa distinzione, si può finalmente riformulare la questione del fondamento di validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico. Al posto di una sola domanda, abbiamo ora tre domande diverse, alle quali non è difficile dare risposta:

(a) Dal punto di vista del positivismo normativista: può dirsi valida la costituzione?

(b) Dal punto di vista del positivismo realista: può dirsi in vigore la costituzione?

(c) Dal punto di vista del legalismo: può dirsi obbligatoria la costituzione?

6. Validità della costituzione: un nonsenso

La prima domanda - è valida la costituzione? - non ha alcun senso. E ciò per una ragione evidente.

L'applicazione del concetto di validità *stricto sensu* suppone la comparazione tra una certa norma **N** ed altre norme che, per un verso, disciplinino la produzione della norma **N** e, per un altro verso, siano superiori alla norma **N** nella gerarchia delle fonti.

Per esempio, in regime di costituzione rigida, si dice che una legge è valida se, e solo se, è stata prodotta in modo conforme alle meta-norme (costitutive) di competenza e di procedura contenute nella costituzione e se, inoltre, non è in contrasto sotto il profilo sostanziale con altre norme (regolative) della costituzione.

La validità della costituzione, a sua volta, richiede che vi siano: sia delle norme le quali disciplinino la produzione della costituzione, sia delle norme che siano superiori alla costituzione dal punto di vista gerarchico. Ma, nei vari sistemi giuridici, non è dato trovare né norme meta-costituzionali né norme sovra-costituzionali. Giacché, per definizione, la costituzione è appunto la fonte suprema del (nel) sistema giuridico: suprema, sia dal punto di vista logico, sia dal punto

di vista gerarchico. La costituzione è la misura - l'unità di misura, il criterio - di validità di tutte le altre norme del sistema giuridico. Come tale, la costituzione non è né valida, né invalida[24].

Si osservi che la problematica della "norma fondamentale", in quanto norma non positiva, non posta, ma presupposta, non appartiene al positivismo scientifico (sia normativista, sia realista), ma solo al legalismo. Dal punto di vista del positivismo scientifico, la locuzione 'norma fondamentale' può solo essere intesa nell'uno o nell'altro di questi due modi.

(a) In primo luogo, si può parlare di una norma fondamentale per riferirsi alla norma "suprema" di un sistema giuridico dato. D'altra parte, la locuzione 'norma suprema' può designare, secondo i casi: o la norma più alta dal punto di vista logico, o la norma più alta dal punto di vista gerarchico (tra l'una e l'altra, evidentemente, non si dà coincidenza).

Dal punto di vista gerarchico, solitamente non vi è una sola "norma" suprema nei sistemi giuridici moderni. Vi è, piuttosto, una fonte suprema: secondo i casi, la costituzione (se è rigida) o la legge (se la costituzione è flessibile).

Per identificare la norma suprema dal punto di vista logico, occorre distinguere tra i sistemi giuridici a costituzione rigida e i sistemi giuridici a costituzione flessibile.

Nei sistemi a costituzione flessibile, la norma suprema dal punto di vista logico è, molto semplicemente, quella meta-norma di competenza che conferisce ad un certo organo l'autorità legislativa.

Per contro, nei sistemi a costituzione rigida, occorre distinguere ulteriormente. In un sistema costituzionale, nel quale tutta la costituzione è suscettibile di modificazione, la norma suprema dal punto di vista logico è la meta-norma che disciplina appunto la revisione della costituzione[25]. In un sistema costituzionale (come quello

---

[24] Uno spunto in tal senso può leggersi in A.G. Conte, *Studio per una teoria della validità* (1970), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

[25] In proposito cfr. A. Ross, *Sull'autoriferimento e su un "puzzle" nel diritto costituzionale* (1969), trad. it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, cit.; un commento al lavoro di Ross è in R. Guastini, *Questioni di deontica in Ross. Con un'appendice bibliografica sulla fortuna di Ross in Italia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XI, 1981. Al riguardo cfr. anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. I. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, II ed., CEDAM, Padova, 1970, alle pp. 100-110.

italiano vigente), nel quale una parte della costituzione non è suscettibile di revisione costituzionale, la norma suprema dal punto di vista logico è la meta-meta-norma che sottrae alla revisione una parte della costituzione (concretamente, nell'ordinamento italiano, l'art. 139 Cost.).

(b) In secondo luogo, si può parlare di una norma fondamentale, per riferirsi a quella che alcuni chiamano *rule of recognition*[26], o norma di riconoscimento, cioè la meta-norma che governa l'identificazione di ogni altra norma in quanto membro del sistema giuridico di cui trattasi[27]. Da questo punto di vista, in tutti i sistemi giuridici sviluppati, la norma fondamentale non è una singola norma, ma piuttosto un insieme di norme: precisamente, l'insieme delle meta-norme sulle fonti del diritto[28].

7. Il vigore della costituzione: un problema empirico

Rispondere alla seconda domanda - la costituzione è in vigore? - non è un problema. Si tratta di una semplice questione di sociologia empirica del diritto (o, se si vuole, di scienza politica). Per sapere se la costituzione sia o non sia vigente, occorre semplicemente accertare se le sue norme siano realmente osservate e applicate dagli organi costituzionali (il parlamento, il governo, l'eventuale corte costituzionale, etc.).

E' ovvio che la problematica della "norma fondamentale" non può trovare alcun posto nella versione realista del positivismo giuridico. Se si usa il termine 'validità' nel senso di 'vigore', si può anche parlare di validità della costituzione, ma non ha senso parlare di un "fondamento di validità" della costituzione.

---

[26] L'espressione 'rule of recognition' è di H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961. Al riguardo si veda però N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto*, (1975), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

[27] Cfr. E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento*, cit.

[28] S. Munzer, *Legal Validity*, The Hague, 1972; N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto*, cit.; M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffré, Milano, 1985, pp. 270 ss.

8. L'obbligatorietà della costituzione: il problema dell'obbligo politico

La terza questione - la costituzione è obbligatoria? - altro non è che il problema detto dell'obbligo politico. Per dirla con Kelsen: "Why should the law be obeyed?"[29]. Si tratta del preteso obbligo (morale) di obbedire al diritto nel suo complesso.

E' da notare che, dal punto di vista del legalismo, non è dubbio che il diritto sia dotato di "forza vincolante" (in ciò il legalismo differisce profondamente dalle varianti rivoluzionarie del giusnaturalismo). Così, ad esempio, Kelsen dà per scontato che al diritto sia dovuta obbedienza: il suo problema è non se, ma solo perché il diritto sia vincolante. Il problema è, per l'appunto, il fondamento - il "perché" - di questo dovere d'obbedienza. E tale problema si pone nel contesto della credenza che sia possibile trovare, al dovere di obbedienza, un fondamento oggettivo. La risposta di Kelsen, ben nota, è la teoria della cosiddetta "norma fondamentale", intesa come norma non positiva, non posta, ma presupposta.

La ricerca di un fondamento per il carattere obbligatorio della costituzione è dunque il tentativo di trovare una risposta al problema dell'obbligo politico[30]. Siffatto problema appartiene all'orizzonte ideologico del legalismo, ma è del tutto estraneo al positivismo giuridico scientifico in entrambe le sue versioni. Dal punto di vista del positivismo scientifico, la costituzione non è né obbligatoria, né non obbli-

---

[29] H. Kelsen, *Perché obbedire al diritto?*, cit. Come risulta dal testo, vi è, nel positivismo giuridico di Kelsen, accanto ad una componente di positivismo scientifico normativistico, anche una componente di quasi-positivismo legalistico. Sul punto, cfr. A. Ross, *Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen* (1957), in R. Guastini / S. Castignone (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, cit.; da ultimo anche R. Guastini, *I briganti e lo stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXVIII, 1984; Id., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, pp. 71 ss. Sulla teoria kelseniana della validità cfr. M. Barberis, *La norma senza qualità. Appunti su "validità" in Hans Kelsen*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XI, 1981; C.S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

[30] In tema di obbligo politico vanno menzionati gli studi di A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Comunità, Milano, 1970, parte prima, e *Il palchetto assegnato agli statisti e altri scritti di varia politica*, Angeli, Milano, 1979, parte prima. Cfr. anche J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979, cap. 12.

gatoria.

Dunque, anche la problematica della "norma fondamentale" appartiene, a sua volta, al legalismo. Per chi ammetta che, nei vari sistemi giuridici, non vi sono né norme meta-costituzionali né norme sovra-costituzionali, la norma fondamentale non può che essere una norma extra-giuridica (o meta-giuridica).

Al fondo, la *Grundnorm* non è che un argomento o un'argomentazione (un insieme di argomenti) rivolti a giustificare la conclusione normativa: "La costituzione è obbligatoria, deve essere osservata"[31]. Ma, da questo punto di vista, non c'è una sola norma fondamentale: vi sono tante norme fondamentali quanti sono gli argomenti che si possono avanzare per giustificare la "forza vincolante" della costituzione[32].

L'argomento (la norma fondamentale) caratteristico del legalismo è il principio di effettività: la costituzione deve essere osservata perché è effettiva, cioè in vigore. Si tratta, evidentemente, di un'argomentazione fallace, che è in contraddizione con la "legge di Hume": non si può fondare logicamente un obbligo sulla constatazione di un fatto[33]. L'accordo sulla constatazione di fatto non è sufficiente a garantire anche l'accordo sulla conclusione normativa. Tale conclusione può essere accettata solo da chi accetti altresì una norma: la norma secondo cui è obbligatorio obbedire a qualunque costituzione purché vigente.

---

[31] A. Aarnio / R. Alexy / A. Peczenik, *I fondamenti del ragionamento giuridico*, trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

[32] Sulla molteplicità di norme fondamentali cfr. anche U. Scarpelli, *Il metodo giuridico* (1971), ora in Id., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, spec. pp. 191 ss.; M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffré, Milano, 1976, spec. cap. VI, i quali però considerano le diverse norme fondamentali non già come argomenti in favore della obbligatorietà del diritto, bensì come elementi costitutivi dei diversi concetti di 'diritto', e pertanto come modi (alternativi) di ritagliare l'oggetto della scienza giuridica.

[33] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., cap. VII.

Appendice

XXI.

Introduzione alla teoria del diritto

1. Le mobili frontiere della filosofia del diritto

Le locuzioni 'filosofia del diritto' e 'teoria generale del diritto' non designano particolari questioni o teorie scientifiche, ma sono nomi di due discipline accademiche. Le due discipline, peraltro, sono tra loro strettamente connesse, giacché la seconda costituisce parte (la parte principale) della prima.

«Il cercare una qualsiasi definizione di filosofia del diritto» - ha scritto Norberto Bobbio - «è un'inutile perdita di tempo»[1].

Se conveniamo di impiegare l'espressione 'filosofia del diritto' per designare tutto (e solo) ciò che fanno i filosofi del diritto, ossia gli accademici che di fatto si fregiano di questo nome, dobbiamo anche convenire che tale espressione non ha un senso univoco ed un riferimento preciso. E lo stesso può dirsi delle espressioni (più o meno) equivalenti in altre lingue, quali 'legal philosophy', 'philosophie du droit', 'Rechtsphilosophie', 'filosofía del derecho', etc. In pratica, parlare di filosofia del diritto in questo senso equivale a considerare filosofico-giuridico pressoché ogni discorso che abbia ad oggetto il diritto (o che abbia comunque una sia pur vaga attinenza con l'esperienza giuridica) senza tuttavia essere un discorso tecnico-

---

[1] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, p. 37.

giuridico[2]. Ciò dipende dal fatto che la filosofia del diritto si presta ad essere praticata in tanti modi quanti sono i diversi modi, combinatoriamente possibili, di concepire: il diritto, la filosofia, e perciò anche le relazioni tra questa e quello.

Di fatto, la moderna letteratura filosofico-giuridica costituisce un insieme eterogeneo sotto almeno due profili importanti. Da un lato, essa include opere assai diverse sotto il profilo "stilistico"[3]. Dall'altro, essa include opere assai diverse sotto il profilo del loro oggetto di indagine[4].

2. Due stili in filosofia del diritto

Si incontrano, nella letteratura filosofico-giuridica, due modi radicalmente differenti di concepire la filosofia del diritto e due stili assai diversi nel praticarla[5]. Mettendo a frutto un suggerimento di Bobbio, possiamo convenire di chiamarli, rispettivamente: lo stile dei filosofi e lo stile dei giuristi. Per coglierne immediatamente la differenza, si potrebbero mettere a confronto, ad esempio, le *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) di G.W.F. Hegel con *The Province of Jurisprudence Determined. A Philosophy of Positive Law* (1832) di John Austin.

La filosofia del diritto dei filosofi è una *Weltanschauung*, una concezione del mondo, o, se si vuole, una "filosofia" (senza aggettivi né complementi di specificazione) meccanicamente "applicata" al diritto. Le diverse concezioni del mondo (per esempio: l'idealismo, il tomismo, il marxismo, l'esistenzialismo, lo spiritualismo, etc.) si caratterizzano per il fatto di cercare ed offrire soluzioni non già a problemi specifici e settoriali, bensì a tutti i cosiddetti "massimi problemi", quali: l'ontologia, la gnoseologia, l'etica, e via dicendo. Fare filosofia del diritto, per un filosofo, consiste nell'abbracciare l'una o l'altra concezione del mondo, e da questa ricavare lessico, concetti, e principî precostituiti onde rispondere in modo sistematico (anche) ai problemi del diritto e/o della giustizia. Tali problemi, così facendo,

---

[2] Così fa as es. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1970.

[3] Di ciò dirò subito, al § 2.

[4] Di ciò dirò più avanti, al § 5.

[5] In proposito cfr. R. Guastini, *Questione di stile*, in *Omaggio a Giovanni Tarello*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVII, 1987, n. 2.

vengono affrontati non già muovendo "dall'interno" dall'esperienza giuridica, bensì a partire dalle soluzioni già fornite a problemi di tutt'altra natura. «Così avviene - scrive Bobbio - che completi sistemi di filosofia del diritto vengano elaborati da chi non ha che nozioni molto elementari di diritto»[6].

La filosofia del diritto dei giuristi, al contrario, è quella che più comunemente si chiama teoria (generale) del diritto ('legal theory', 'general jurisprudence', 'allgemeine Rechtslehre', 'théorie générale du droit', etc.). Essa muove non da precostituite concezioni generali del mondo (per le quali, anzi, non mostra alcun interesse), bensì da specifici problemi concettuali nati in seno alla giurisprudenza stessa[7]. E' la filosofia "dei giuristi" non solo nel senso che è praticata solo da giuristi professionisti, ma anche nel senso che è ancillare al lavoro dei giuristi e, per gran parte, consiste proprio in una riflessione critica su di esso[8].

La filosofia giuridica dei filosofi - nota ancora Bobbio - è connessa ad una concezione della filosofia assai risalente, ma ormai screditata, secondo cui la filosofia è, per l'appunto, una concezione globale del mondo, e il filosofo è «un essere onnisciente che mette bocca in tutte le questioni e tutte le risolve in base a quella concezione». La filosofia giuridica dei giuristi, al contrario, è oggi connessa alla concezione della filosofia che è propria dell'empirismo e delle correnti analitiche novecentesche.

La filosofia giuridica dei filosofi, sempre secondo Bobbio, suscita una naturale ostilità nei giuristi, che non la capiscono e non ne riconoscono l'utilità. Mentre «la filosofia del diritto di indirizzo analitico» - come scrive Uberto Scarpelli - «è stata e sta particolarmente attenta al lavoro dei giuristi, e viceversa, grazie alla natura dei suoi problemi ed al suo modo di affrontarli, sul lavoro dei giuristi ha potuto esercitare una notevole influenza»[9]. Ma la filosofia giuridica di indirizzo analitico merita un discorso indipendente.

---

[6] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 40-41.

[7] G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.

[8] *Infra*, §§ 3 e 7.

[9] U. Scarpelli, *Filosofia e diritto*, in AA. VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida, Napoli, 1982, p. 175.

3. La filosofia giuridica di indirizzo analitico

Nell'ambito della filosofia contemporanea di indirizzo empiristico, si ritiene che la filosofia non abbia un oggetto specifico, vuoi coordinato con, vuoi distinto da, quello delle varie scienze. «La filosofia - scrive Alf Ross - non è deduzione da principî di ragione mediante cui ci venga rivelata una realtà diversa e superiore a quella fornitaci dai sensi. Né la filosofia è una mera estensione delle scienze, diretta a scoprire i componenti ultimi della realtà». La filosofia non è una "teoria" di qualcosa, ma più semplicemente un metodo. E questo metodo è l'analisi logica del linguaggio. La filosofia, insomma, è la logica delle scienze, e il suo oggetto è il linguaggio delle scienze.

Ecco dunque - scrive ancora Ross - che la filosofia del diritto non ha un oggetto autonomo, coordinato con, o distinto da, l'oggetto della cosiddetta "scienza giuridica" (ossia lo studio dottrinale del diritto) nelle sue varie ramificazioni. La filosofia del diritto, piuttosto, si rivolge all'apparato concettuale della scienza giuridica stessa, sottoponendolo ad analisi logica. Il filosofo del diritto conduce dunque le sue ricerche su quelle che, per i giuristi, costituiscono le premesse, assunte come certe e incontrovertibili. Oggetto dell'indagine filosofica sono principalmente i concetti fondamentali di portata generale, quali ad esempio il concetto di validità, o quello di diritto soggettivo. L'oggetto della filosofia del diritto, dunque, malgrado questo nome, non è propriamente il "diritto", né alcuna parte o aspetto di esso, ma è invece lo "studio del" diritto. La filosofia del diritto «sta, per così dire, su un piano più alto dello studio del diritto, e "guarda in basso" su di esso». Il confine tra le due cose, naturalmente, non è rigido. L'analisi logica è largamente applicata anche dai giuristi all'interno delle discipline loro proprie. Non vi sono criteri intrinseci per determinare dove finisca lo studio dottrinale del diritto e dove cominci quello della filosofia giuridica.

Secondo Ross, del resto, non è opportuno parlare di "filosofia del diritto", dal momento che tale espressione sembra suggerire un campo di ricerca sistematicamente delimitato. E' meglio parlare di "problemi di" filosofia del diritto: quali problemi concretamente si presentino, di volta in volta, all'analisi filosofica dipenderà in parte dagli interessi del singolo studioso, e in parte dall'evoluzione dello studio dottrinale del diritto nei diversi momenti storici[10].

---

[10] A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958, pp. 25-26.

In Italia, una analoga concezione della filosofia del diritto è stata sostenuta con particolare vigore da Giovanni Tarello[11].

In generale, Tarello concepisce il discorso filosofico - al modo del neo-empirismo - come un discorso di secondo grado, o meta-discorso, il cui oggetto è costituito dai discorsi delle diverse scienze. Ciò comporta evidentemente una radicale riduzione delle varie discipline filosofiche a meta-scienze, o filosofie delle scienze (dell'una o dell'altra scienza). Vi sarà dunque una filosofia della fisica, una filosofia della matematica, una filosofia della chimica, e via enumerando, fino a giungere alla filosofia del diritto. Ma non può esservi una filosofia senza complementi di specificazione: la «panfilosofia scissa da qualsivoglia specifica disciplina scientifica o tecnica», secondo Tarello, è vaniloquio.

Questo modo di pensare riecheggia (forse inconsapevolmente) le idee del primo Wittgenstein sulla filosofia in genere: «Tutta la filosofia è "critica del linguaggio". [...] La totalità delle proposizioni vere è la scienza naturale tutta (o la totalità delle scienze naturali). La filosofia non è una delle scienze naturali. (La parola 'filosofia' deve significare qualcosa che sta sopra o sotto, non già accanto, alle scienze naturali.) Scopo della filosofia è la chiarificazione logica dei pensieri. La filosofia è non una dottrina, ma un'attività. [...] Risultato della filosofia non sono "proposizioni filosofiche", ma è il chiarirsi di proposizioni. La filosofia deve chiarire nettamente i pensieri che altrimenti sarebbero, per così dire, torbidi e indistinti»[12].

L'atteggiamento di Tarello ha dei risvolti di politica culturale ed accademica, che egli dichiara espressamente. Anzitutto, Tarello pensa che le filosofie debbano essere praticate e, quel che più conta, insegnate solo da studiosi dell'una o dell'altra scienza, e non da «sospirose anime belle» e da «superficiali pretenziosi» privi della necessaria preparazione tecnica in una disciplina determinata. Inoltre, Tarello pensa che le diverse filosofie delle scienze debbano essere insegnate nelle facoltà, nei corsi di laurea, o nei dipartimenti scientifici (la filosofia del diritto nelle facoltà di giurisprudenza, quella della matemati-

---

[11] G. Tarello, *Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche*, in "Politica del diritto", 1, 1970, pp. 140-142. In proposito cfr. R. Guastini, *Questione di stile*, cit.; Id., *Giovanni Tarello giurista. Introduzione*, in S. Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, il Mulino, Bologna, 1989.

[12] L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), Routledge & Kegan Paul, 1961, §§ 4.0031, 4.11, 4.111 e 4.112.

ca nelle facoltà di matematica, etc.), e non in un apposito dipartimento pan-filosofico privo di oggetto. Questo atteggiamento, se condotto alle estreme conseguenze, comporterebbe *sic et simpliciter* lo scioglimento delle attuali facoltà di filosofia.

In particolare, poi, Tarello concepisce la filosofia del diritto come "metagiuridica": con questo aggettivo sostantivato egli si riferisce all'analisi linguistica, storiografica, e sociologica delle dottrine dei giuristi. La metagiuridica, insomma, è quel che più comunemente si chiama meta-giurisprudenza. In questo modo, Tarello vuole accreditare l'idea che la filosofia del diritto sia ancillare al lavoro dei giuristi, e perciò non possa essere coltivata se non dai giuristi stessi. Insomma, il filosofo del diritto dovrebbe essere - per formazione intellettuale, interessi, e competenze - un giurista tra gli altri giuristi. Questo modo di pensare conduce a screditare come irrilevante, e tendenzialmente estraneo alla filosofia del diritto, almeno uno dei tradizionali settori di riflessione dei gius-filosofi: la cosiddetta filosofia della giustizia (che è cosa, peraltro, indistinguibile dall'etica e dalla filosofia politica normative).

4. Gli strumenti del metodo analitico

Sotto il profilo metodologico, la filosofia giuridica di indirizzo analitico si caratterizza per l'impiego sistematico degli strumenti propri dell'analisi logica del linguaggio. Strano a dirsi, tali strumenti sono sì largamente utilizzati, ma raramente sono stati teorizzati. L'inventario che qui propongo è provvisorio e certamente incompleto.

(1) In primo luogo, l'analisi del linguaggio consiste, ovviamente, nell'analizzare il significato dei vocaboli e degli enunciati. A sua volta, questo tipo di attività consiste in una serie di operazioni caratteristiche, quali ad esempio:

(a) la registrazione di usi linguistici (ad esempio: il vocabolo 'prelazione' non è usato nel linguaggio comune extra-giuridico; il vocabolo 'privilegio' assume sensi diversi in contesti giuridici e non giuridici; etc.);

(b) la rilevazione di ambiguità e indeterminatezze sintattiche, semantiche, e pragmatiche (ad esempio: l'enunciato 'Sarò lì tra poco' può essere usato indifferentemente per compiere una previsione, una promessa, una minaccia, o un avvertimento; l'enunciato 'L'omicidio è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno' può essere usato per esprimere una norma giuridica, o per riferire il contenuto di una norma giuridica, come pure per rilevare una regolarità sociologica; etc.);

(c) il disvelamento di connotazioni di valore nascoste nel discorso (ad esempio: nell'uso comune, il vocabolo 'democrazia' denota un certo tipo di organizzazione politica e, al tempo stesso, la connota positivamente; etc.).

(d) la sistematica definizione dei termini che si introducono nel proprio discorso (ad esempio: nel presente contesto userò il termine 't' nel senso s).

(2) In secondo luogo, l'analisi del linguaggio consiste nel distinguere accuratamente tra questioni empiriche, attinenti ai fatti, e questioni concettuali o verbali, attinenti al significato delle parole. Ad esempio, è questione di fatto, empirica, se il tale sia o non sia scapolo, mentre è questione verbale o concettuale "che cosa sia" uno scapolo. Alla prima questione si può rispondere solo interrogando l'anagrafe; alla seconda questione si può rispondere solo stipulando convenzionalmente il significato del vocabolo 'scapolo' (comunemente, domandare "Che cosa è x?" non è che un modo poco avvertito di domandare "Che cosa significa il termine 'x'?")[13].

A ciò è connessa la distinzione tra enunciati analitici ed enunciati empirici. Analitico è un enunciato necessariamente vero, in virtù solo: o del significato delle parole che entrano a comporlo, oppure della sua struttura logica (talché la sua verità può essere accertata senza bisogno di osservazioni empiriche). Empirico è un enunciato che può essere vero o falso, e il cui valore di verità dipende dai fatti. Ad esempio: è analitico l'enunciato 'Tizio è o scapolo o non scapolo', come pure l'enunciato 'Tutti gli scapoli sono non sposati' (sempre che si convenga sul significato comune di 'scapolo'); è empirico l'enunciato 'Tizio è scapolo', come pure l'enunciato 'Tizio è sposato'.

(3) In terzo luogo, l'analisi del linguaggio consiste nel distinguere accuratamente tra questioni di fatto e questioni di valore, ovvero, da un altro punto di vista, tra discorsi conoscitivi e discorsi valutativi o prescrittivi. Ad esempio: è questione di fatto se il tale sia stato assolto o condannato; è questione di valore se la sentenza pro-

[13] Cfr. A. Ross, *Sui concetti di 'stato' e di 'organo dello stato' nel diritto costituzionale* (1961), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989.

nunciata contro il tale sia stata giusta o ingiusta. Ovvero, da un altro punto di vista: è conoscitivo il discorso di chi constata che il tale è stato condannato; è valutativo il discorso di chi apprezza come giusta o ingiusta tale sentenza.

Il fondamento della distinzione giace nell'idea, generalmente (ancorché non universalmente) condivisa, che solo agli enunciati del discorso conoscitivo (o descrittivo) convengano i valori di verità; mentre gli enunciati del discorso valutativo e prescrittivo non possono dirsi né veri né falsi. La distinzione, a sua volta, ha come corollario la tesi - detta "legge di Hume" - secondo la quale non si possono inferire conclusioni valutative o prescrittive da premesse puramente descrittive.

5. Settori della filosofia del diritto

Il campo di studi dei filosofi del diritto non ha confini precisi: le loro opere vertono su oggetti disparati, che non paiono in alcun modo riconducibili ad unità.

Volendo tuttavia razionalizzare le prassi esistenti, si possono individuare, con qualche semplificazione, tre settori fondamentali di indagine abitualmente coltivati dai filosofi del diritto[14]: (a) il primo settore è la storia delle dottrine giuridiche (o, più in generale, della cultura giuridica); (b) il secondo è la filosofia (o teoria) della giustizia; (c) il terzo è la teoria (generale) del diritto. Ora, a questo riguardo si devono fare alcune osservazioni.

In quanto storia delle dottrine giuridiche, la filosofia del diritto non presenta alcuna autonomia disciplinare. Sotto il profilo metodologico, la storia delle dottrine giuridiche non differisce, evidentemente, dalle altre discipline storiografiche in generale. Sotto il profilo dell'oggetto di indagine, non pare possibile tracciare una netta linea di demarcazione tra la storia delle dottrine giuridiche, la storia delle dottrine politiche, la storia del diritto, e la storia delle istituzioni[15]. Ad ogni modo, in questa sede, un rendiconto delle (imponenti) ricerche storiografiche dei filosofi del diritto è fuori discussione.

In quanto filosofia della giustizia, egualmente, la filosofia del

[14] Con l'avvertenza, peraltro, che questa tripartizione è probabilmente discutibile e certamente non esaustiva.

[15] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

diritto si configura come disciplina dotata di scarsa autonomia. Alla filosofia della giustizia, infatti, si possono ricondurre due tipi fondamentali di discorso: per un verso, le dottrine valutative o normative della giustizia[16], le valutazioni critiche del diritto esistente, le considerazioni *de jure condendo*, etc.; per un altro verso, l'analisi logica dei giudizi di valore[17]. Ma le dottrine della giustizia, le valutazioni critiche del diritto, e simili sono cose, tutte, abitualmente rubricate nel campo della filosofia politica e/o dell'etica normative. L'analisi logica dei giudizi di valore, dal canto suo, costituisce il campo specifico della meta-etica.

Come settore di indagine indipendente, proprio dei filosofi del diritto, resta solo la teoria generale del diritto, e ad essa conviene ormai circoscrivere il discorso.

6. La teoria "generale" del diritto

Per cominciare, occorre richiamare l'attenzione su tre diversi significati assunti dall'aggettivo 'generale', in quanto predicato della teoria giuridica.

In primo luogo, si è parlato di teoria "generale" in senso forte, per designare «lo studio concettuale del diritto, volto ad individuare i concetti puri con cui descrivere qualunque esperienza giuridica»[18], ovvero l'analisi delle «nozioni generali che si ritengono comuni a tutti gli ordinamenti giuridici»[19]. A questo uso dell'espressione è sotteso un discutibile modo di pensare - oggi, in verità, non più molto accreditato - secondo il quale tutti i sistemi giuridici, senza distinzioni di tempo e di luogo, presenterebbero dei tratti comuni, non contingenti. Accade spesso che questo modo di pensare induca a generalizzare indebitamente certe caratteristiche non già proprie di tutti i sistemi giuridici storici, ma peculiari invece ai sistemi giuridici moderni (occidentali), con esiti storiografici inaffidabili.

[16] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford U.P., Oxford, 1971; R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974. In proposito, cfr. P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giappichelli, Torino, 1984.

[17] Ad es. C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale U.P., New Haven, 1944; R. M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952.

[18] G. Tarello, *Filosofia del diritto*, in S. Cassese (ed.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 58.

[19] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 38.

In secondo luogo, si è parlato di teoria "generale" in un senso più debole, per designare l'analisi dei principî e delle nozioni comuni non a tutti gli ordinamenti giuridici, ma, più modestamente, ai diversi settori di un ordinamento giuridico dato (il diritto civile, il diritto amministrativo, etc.). Ad esempio, la nozione di compravendita è specifica del diritto civile, e come tale estranea all'indagine teorico-generale; per contro, la nozione di obbligo è comune a tutti i rami del diritto, e costituisce pertanto un oggetto appropriato per la teoria generale.

In terzo luogo, e specialmente nella letteratura contemporanea di indirizzo analitico-linguistico, si è parlato di teoria "generale" per designare «l'analisi del sistema giuridico sotto il profilo strutturale e formale»[20]. Da questo punto di vista, la teoria "generale" del diritto deriva la sua generalità non dal fatto di essere universalmente applicabile a qualsivoglia sistema giuridico, ma più modestamente dal fatto di trascurare il contenuto normativo dei singoli sistemi giuridici studiati, dedicandosi soltanto alla loro struttura[21]. Ad esempio, studiare il diritto costituzionale positivo italiano è cosa diversa dal tracciare una tipologia delle norme costituzionali. Resta da provare, naturalmente, che sia scientificamente legittimo e fruttuoso separare la "struttura" del diritto dal suo "contenuto".

7. Teoria giuridica vs. dogmatica giuridica

Oggetto della teoria del diritto è, apparentemente, il diritto. Ma naturalmente il diritto costituisce oggetto di indagine anche per la cosiddetta "scienza giuridica" (dogmatica, dottrina, o anche giurisprudenza nel senso originario di *scientia juris*). Per chiarire l'oggetto e i problemi della teoria del diritto, occorre tracciare una linea di confine tra il lavoro dei giuristi teorici e quello dei giuristi dogmatici. Ma come tracciare questo confine?

Due strade sono state praticate. La prima consiste nel configurare la teoria del diritto come discorso "formale" sul diritto; la seconda consiste nel configurare la teoria del diritto come discorso non già sul diritto, ma sulla giurisprudenza stessa.

(1) La prima strada (in verità, non del tutto chiara sotto il profilo concettuale) è stata suggerita da Bobbio. In primo luogo, Bobbio

---

20 G. Tarello, *Filosofia del diritto*, cit., p. 58.
21 *Infra*, § 7.

configura il diritto come un peculiare discorso: precisamente, il discorso prescrittivo del legislatore. Le norme, di cui il diritto è costituito, altro non sono che comunicazioni linguistiche prescrittive, ossia enunciati (né veri, né falsi) diretti a modificare la condotta umana. In secondo luogo, e per conseguenza, Bobbio configura la giurisprudenza e la teoria del diritto come analisi linguistiche, il cui oggetto è appunto il discorso legislativo. In questo modo la giurisprudenza e la teoria del diritto vengono da Bobbio ridotte a "discorsi sopra un discorso": meta-linguaggi descrittivi, il cui linguaggio-oggetto è il discorso prescrittivo del legislatore[22].

Ma questi due discorsi hanno ad oggetto aspetti diversi del diritto. La giurisprudenza, secondo Bobbio, è diretta ad accertare il "contenuto" della disciplina giuridica: ossia quali comportamenti siano comandati (o vietati, o permessi), a quali soggetti, in quali circostanze. La teoria del diritto, per contro, si occupa degli elementi "formali" e/o "strutturali" della disciplina giuridica, facendo astrazione dal suo contenuto. Tanto che, secondo Bobbio, si dovrebbe parlare non di teoria "generale", ma piuttosto di teoria "formale" del diritto, per distinguere questa disciplina da tutte quelle che studiano il vario contenuto delle norme (la scienza del diritto civile, la scienza del diritto pubblico, etc.).

La giurisprudenza offre risposta alla domanda "Che cosa statuisce l'ordinamento giuridico?"; la teoria del diritto risponde invece alla domanda "Come è costituito l'ordinamento giuridico?"[23]. Concretamente, la teoria formale avrà ad oggetto i rapporti logici tra qualificazioni normative del comportamento (obbligo, divieto, permesso, etc.), i modi di creazione ed estinzione delle norme, i loro rapporti reciproci, e così avanti. Ad esempio, sarà compito della teoria formale determinare il concetto di diritto soggettivo, sarà compito della giurisprudenza determinare quali diritti siano conferiti a quali soggetti entro un ordinamento dato; toccherà alla teoria formale chiarire il concetto di validità, toccherà alla giurisprudenza stabilire quali norme

---

22 Cfr. N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976; Id., *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950. Cfr. inoltre U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1953. In proposito si veda R. Guastini, *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXIV, 1987.
23 N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 4-5, 34-35.

siano valide in un dato ordinamento[24].

Occorre peraltro sottolineare che, secondo Bobbio, la teoria formale, in quanto ricerca degli elementi costitutivi strutturali del diritto, è una teoria del "diritto positivo", e pertanto vale solo nell'ambito di un determinato sistema giuridico. Non è detto infatti che tutti gli ordinamenti condividano una identica struttura normativa[25].

(2) La seconda strada è quella che abbiamo visto suggerita, tra gli altri, da Ross e Tarello[26]: la teoria del diritto raffigurata come meta-scienza della scienza giuridica. Da questo punto di vista, giurisprudenza e teoria del diritto non hanno il medesimo oggetto. La linea di demarcazione tra l'una e l'altra può essere chiarita con una semplice nozione logica: la giurisprudenza e la teoria del diritto si collocano su due diversi livelli di linguaggio.

Teniamo ferma la rappresentazione, proposta da Bobbio, del diritto come discorso del legislatore (o, più in generale, come discorso delle cosiddette fonti del diritto). Diremo allora che la giurisprudenza verte sul discorso del legislatore (il "diritto"), mentre la teoria del diritto verte - malgrado il suo nome - non propriamente sul diritto, ma piuttosto sul discorso della giurisprudenza stessa. Abbiamo qui non due, ma tre livelli di linguaggio: (a) il linguaggio del legislatore, (b) il meta-linguaggio della giurisprudenza, (c) il meta-meta-linguaggio della teoria del diritto.

Il lavoro dei giuristi dogmatici è, tipicamente, un'attività di interpretazione, manipolazione, e sistemazione del discorso legislativo. Il lavoro dei teorici, a sua volta, è una riflessione critica sopra il discorso dei giuristi: per l'appunto, una meta-giurisprudenza o filosofia della scienza giuridica.

Le due concezioni della teoria giuridica ora tratteggiate, a ben vedere, non si escludono reciprocamente: nulla impedisce di accoglierle entrambe congiuntamente, come molti tacitamente fanno. Diremo allora che la teoria giuridica si articola, grosso modo, in due settori di indagine distinti: da un lato, l'analisi logica del linguaggio legislativo (che include l'analisi strutturale del sistema giuridico);

[24] U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit., pp. 78 s., riformula la distinzione di Bobbio in questo modo: compito della teoria formale è accertare le condizioni di validità delle norme; compito della dogmatica è accertare il contenuto di esse.

[25] N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., p. 40.

[26] Sopra, § 4. In proposito cfr. R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982.

dall'altra, l'analisi logica del linguaggio dei giuristi (ma anche degli altri operatori giuridici, specialmente dei giudici).

Riferimenti bibliografici

AA. VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni della rivista "Il politico", n. 4, Istituto di Scienze politiche dell'Università di Pavia, Giuffrè, Milano, 1967.

AA. VV., *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Giuffrè, Milano, 1968.

AA. VV., *Derecho, filosofía, y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

AA. VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida, Napolii, 1982.

AA. VV., *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, Maggioli, Rimini, 1983.

AA.VV., *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del derecho. Comunicaciones*, Asociación Argentina de Filosofía del derecho, La Plata, 1987, vol. I.

AA. VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Vol. II. Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990.

A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto, Turku, 1977.

A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Acta Philosophica Fennica, vol. 36, Societas Philosophica Fennica, Helsinki, 1983.

A. Aarnio, *Persona jurídica, ¿una ficción?*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 3, 1986.

A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1987.

A. Aarnio, *Dogmatique juridique*, in A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988.

A. Aarnio / R. Alexy / A. Peczenik, *I fondamenti del ragionamento giuridico*, trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

C.E. Alchourrón, *Normative Order and Derogation*, in A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien, 1971.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, 1971.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latino-americana de investigaciones jurídicas y sociales, Valencia, 1979.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Permission and Permissive Norms*, in W. Krawietz / H. Schelsky / G. Winkler / A. Schramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1984.

C.E. Alchourrón / E. Bulygin, *Pragmatic Foundations for a Logic of Norms*, in "Rechtstheorie", 15, 1984.

R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*? Clarendon Press, Oxford, 1989.

G. Alpa (ed.), *Lo spirito del diritto civile*, vol. I, ECIG, Genova, 1984.

W.P. Alston, *Meaning and Use* (1963), in G.H.R. Parkinson (ed.), *The Theory of meaning*, Oxford U.P., London, 1968.

W.P. Alston, *Philosophy of Language*, Prentice Hall, Englewodd Cliffs (N.J.), 1964.

P. Amselek, *Le droit dans les esprits*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

V. Andrioli, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, UTET, Torino, 1966.

A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988.

T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in "Rivista di diritto processuale", XII, 1957.

C. Assanti / G. Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, CEDAM, Padova, 1972.

J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Clarendon, Oxford, 1962.

A.J. Ayer, *Language, Truth, and Logic*, 1936, rist. Penguin Books, Harmondsworth, 1971.

G.P. Baker / P.M.S. Hacker, *Frege: Logical Excavations*, Blackwell, Oxford, 1984.

M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979.

L. Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, II ed., Giuffré, Milano, 1944.

M. Barberis, *La norma senza qualità. Appunti su "validità" in Hans Kelsen*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XI, 1981.

M. Barberis, *Bobbio su scienza e giurisprudenza: una rilettura*, in "Annali Giurisprudenza Genova", XX, 1984-1985.

M. Barberis, *Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Vol. II. Saggi teorico-giuridici*, Giuffré, Milano, 1990.

D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, V ed., UTET, Torino, 1958.

P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., CEDAM, Padova, 1975.

S. Bartole, *Principî generali del diritto*, in Enciclopedia del diritto, XXXV, Giuffré, Milano,1986.

S. Bartole (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, CEDAM, Padova, 1988.

A. Belvedere, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in "Rivista critica del diritto privato", 3, 1985.

A. Belvedere / M. Jori / L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffré, Milano, 1979.

E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffré, Milano, 1949.

L. Bigliazzi Geri / U. Breccia / F.D. Busnelli / U. Natoli, *Istituzioni di diritto civile*, CLU, Genova, 1978.

P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, XIII ed., Jovene, Napoli, 1983.

N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950.

N. Bobbio, *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in "Giurisprudenza italiana", 1951, disp. 3, pt. I, sez. I (estratto).

N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), ora in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955.

N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), rist. Giappichelli, Torino, 1979.

N. Bobbio, *Lacune del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Torino, 1963.

N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

N. Bobbio, *Principî generali del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, UTET, Torino, 1966.

N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970.

N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970.

N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto* (1975), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

N. Bobbio, *Norma*, in *Enciclopedia*, IX, Einaudi, Torino, 1980.

R. Bowles, *Diritto ed economia* (1982), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1985.

E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento*, in AA. VV., *Derecho, filosofía, y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

E. Bulygin, *Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Mulino, Bologna, 1977.

E. Bulygin, *Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz*, in "Análisis filosófico", 1, 1981, n. 2.

E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

E. Bulygin, *Time and Validity*, in A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982.

E. Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, in "Law and Philosophy", IV, 1985.

E. Bulygin, *Permissive Norms and Normative Systems*, in A.A. Martino / F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*,

North Holland, Amsterdam, 1986.

E. Bulygin, *Validez y positivismo*, in AA.VV., *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del derecho. Comunicaciones*, Asociación Argentina de Filosofía del derecho, La Plata, 1987, vol. I.

E. Bulygin, *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, in "Ratio Juris", 3, 1990.

G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffré, Milano, 1969.

G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. provv., Giuffré, Milano, 1974.

G. Carcaterra, *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979.

G. Carcaterra, *Le regole del Circolo Pickwick (Un modello per la teoria del diritto)*, in "Nuova civiltà delle macchine", n. 3-4, 1985 (fascicolo monografico su "Il concetto di regola").

G.R. Carrió, *Nota sobre la visita de Alf Ross* (1961), in A. Squella / R. J. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su Homenaje*, vol. II, "Revista de ciencias sociales", n. 25, 1984.

G.R. Carrió, *"I giudici creano diritto" (esame di una polemica giuridica)* (1961), trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica* (1965), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

G.R. Carrió, *Principî di diritto e positivismo giuridico* (1970), ora in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, II ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

S. Cassese (ed.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978.

F. Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, UCT, Trento, 1981.

S. Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, il Mulino, Bologna, 1989.

S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf*, ECIG, Genova, 1989; II ed. 1990.

S. Castignone / R. Guastini / G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, III ed., ECIG, Genova, 1981.

M.A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffré, Milano, 1962.

P. Chiassoni, *Precetti non logicamente strutturati. In margine alla teoria della norma giuridica di Giovanni Tarello*, in *Omaggio a Giovanni Tarello*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVII, 1987, n. 2.

P. Chiassoni, *American Law and Economics: Implementing Constructive Realism*, in "Annali Giurisprudenza Genova", 23, 1989-90.

P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto negli Stati uniti d'America. Studio di metagiurisprudenza analitica*, Dottorato di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Tesi, Milano, 1990.

P. Chiassoni, *Analisi economica del diritto, formularismo, realismo*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1990.

P. Chiassoni, *Origini e diffusione dell'analisi economica del diritto negli Stati Uniti: le indagini "positive" di Richard Posner*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1992 (in corso di stampa).

P. Chiassoni, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1991.

M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1984.

P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giappichelli, Torino, 1984; II ed. 1991.

P. Comanducci, *Osservazioni in margine* a N. MacCormick, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

P. Comanducci, *Osservazioni in margine* a J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale* (1974), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giudiziale. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1990.

P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1991.

A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962.

A. G. Conte, *Incalificación e indiferencia*, in "Diánoia", 9, 1963.

A.G. Conte, *Normativismo*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino, vol. XI, 1964.

A. G. Conte, *Décision, complétude, clôture*, in "Logique et analyse", 9, 1966.

A.G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen* (1967), ora in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

A.G. Conte, *Primi argomenti per una critica del normativismo*, Tipografia del libro, Pavia, 1968.

A. G. Conte, *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Giuffré, Milano, 1968.

A.G. Conte, *Studio per una teoria della validità* (1970), ora in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

A.G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977.

A.G.Conte, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in F. Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, UCT, Trento, 1981.

A.G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittegenstein*, in R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida Napoli, 1983.

A.G. Conte, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983.

A.G. Conte, *Materiali per una tipologia delle regole*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 15, 1985.

A.G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo (1967-1978)*, Giappichelli, Torino, 1985.

A.G. Conte, *Deontico vs. dianoetico*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986.

A.G. Conte, *Minima deontica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXV, 1988.

A. G. Conte, *Completezza*, in *Digesto*, IV ed., UTET, Torino, 1988.

M.-E. Conte, *La pragmatica linguistica*, in C. Segre (ed.), *Intorno alla linguistica*, Feltrinelli, Milano, 1983.

S. Cotta, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in "Iustitia", 42, 1989.

S. Cotta, *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1990.

N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1910.

V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffré, Milano, 1952.

V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1, 1956.

V. Crisafulli, *Incostituzionalità o abrogazione?*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2, 1957.

V. Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffré, Milano, 1959.

V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", X, 1960.

V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964.

V. Crisafulli, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. V, Giuffré, Milano, 1969.

V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., CEDAM, Padova, 1984.

V. Crisafulli / C. Esposito / M.S. Giannini / C. Lavagna / C. Mortati / G. Vassalli, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla costituzione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1, 1956.

E. Crosa, *Diritto costituzionale*, IV ed., UTET, Torino, 1955.

F. D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio* (1963), nuova ed. CEDAM, Padova, 1989.

L. De Ruggiero, *Dogmatica giuridica*, in C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980.

R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, IV ed., Principato, Messina, 1926.

G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977.

E. Diciotti, *Il ragionamento interpretativo giudiziale*, Dottorato in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Tesi, Milano, 1990.

C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980.

D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), ora in D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, I, CEDAM, Padova, 1966.

D. Donati, *Abrogazione della legge* (1914), ora in D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, I, CEDAM, Padova, 1966.

D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, 2 voll., CEDAM, Padova, 1966.

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978.

R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1985.

R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli, 1983.

A.Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Comunità, Milano, 1970.

A.Passerin d'Entrèves, *Il palchetto assegnato agli statisti e altri scritti di varia politica*, Angeli, Milano, 1979.

A.Passerin d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, III ed., Comunità, Milano, 1980.

C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), rist. Giuffré, Milano, 1964.

C. Esposito, *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 3, 1958.

C. Faralli / E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Giuffré, Milano, 1987.

M.D. Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1970.

L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.

F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano. I. Dottrine generali*, Athenaeum, Roma, 1921.

J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980.

P. Foriers, *Présomptions et fictions*, in Ch. Perelman / P. Foriers (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.

G. Frege, *Philosophical Writings*, ed. by P.T. Geach and M. Black, Blackwell, Oxford, 1960.

A. Freni / G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffré, Milano, 1971.

L. L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford U.P., Stanford, 1967.

F. Galgano, *Persone giuridiche*, Commentario del codice civile a cura di A.

Scialoja e G. Branca, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1969.

F. Galgano, *Diritto privato*, II ed., CEDAM, Padova, 1983.

R.T. Garner / B. Rosen, *Moral Philosophy. A Systematic Introduction to Normative Ethics and Meta-ethics*, Macmillan, New York, 1967.

J. L. Gardies, *En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet?*, in "Archives de philosophie du droit", 25, 1980.

G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.

F. Gentile (ed.), *Interpretazione e decisione - Diritto ed economia*, Società italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XVI congresso nazionale, Giuffré, Milano, 1989.

G. Ghezzi / G. Mancini / F. Montuschi / U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 1972.

L. Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986.

L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffré, Milano, 1987.

L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

L. Gianformaggio, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica, ovvero i giuristi interpeti presi sul serio*, in F. Gentile (ed.), *Interpretazione e decisione / Diritto ed economia*, Atti del XVI Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Padova, 1987), Giuffré, Milano, 1989.

M.S. Giannini, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in "Annali Giurisprudenza Perugia", 56, 1942.

M.S. Giannini, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", VII, 1954.

M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in "Giurisprudenza costituzionale", I, 1956.

M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1970.

M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1981.

E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano* (1884), ora in Id., *Opere giuridiche*, Libreria dello Stato, Roma, 1947, vol. II.

E. Gianturco, *Opere giuridiche*, 2 voll., Libreria dello Stato, Roma, 1947.

A. Giuliani, *Giuridica, dogmatica*, in *Enciclopedia filosofica*, Istituto per la collaborazione culturale, Venezia - Roma, 1957.

A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. Rescigno (ed.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, UTET, Torino, 1982.

T. Gizbert-Studnicki, *Factual Statements in Legal Reasoning*, in A. Peczenik / J. Uusitalo (eds.), *Reasoning on Legal Reasoning*. The Society of Finnish Lawyers Publications, Group D, No. 6, Vammala, 1979.

C. Grzegorczyk / T. Studnicki, *Les rapports entre la norme et la disposition légale, in Le langage du droit*, "Archives de philosophie du droit", 19, 1974.

R. Guastini, *Completezza e analogia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", VI, 1976.

R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

R. Guastini, *Istruzioni per l'uso della teoria del diritto. Una lezione introduttiva*, in "Annali Giurisprudenza Genova", XVIII, 1980-1981.

R. Guastini, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in S. Castignone / R. Guastini / G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, III ed., ECIG, Genova, 1981.

R. Guastini, *Questioni di deontica in Ross. Con un'appendice bibliografica sulla fortuna di Ross in Italia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 11, 1981.

R. Guastini, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981.

R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982.

R. Guastini, *Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica",

XIII, 1983.

R. Guastini, *A Tentative Analysis of Two Juristic Sentences*, in A. Peczenik / L. Lindhal / B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984.

R. Guastini, *I briganti e lo stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 38, 1984.

R. Guastini, *Il linguaggio giuridico. Un inventario di problemi*, in G. Alpa (ed.), *Lo spirito del diritto civile*, I, ECIG, Genova, 1984.

R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985.

R. Guastini, *Questioni di tecnica legislativa*, in "Le Regioni", 13, 1985.

R. Guastini, *Problemi di analisi logica della motivazione*, in "Contratto e impresa", 1986, n. 1.

R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio / E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

R. Guastini, *In tema di libertà delle forme. A proposito di un libro recente*, in "Rivista di diritto civile", 32, 1986.

R. Guastini, *Production of Rules by Means of Rules*, in "Rechtstheorie", 17, 1986.

R. Guastini, *Norme che sono condizione sufficiente del loro oggetto?*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986.

R. Guastini, *A Theory of Derogation*, in A.A. Martino / F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, North Holland, Amsterdam, 1986.

R. Guastini, *Six Concepts of 'Constitutive Rules'*, in "Rechtstheorie", Beiheft 10, 1986.

R. Guastini, *Sui principî di diritto*, in "Diritto e società", nuova serie, n. 4, 1986.

R. Guastini, *Questione di stile*, in *Omaggio a Giovanni Tarello*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVII, 1987, n. 2.

R. Guastini, *In tema di "conoscenza del diritto"*, in "Il foro italiano", luglio-agosto 1987, V.

R. Guastini, *Osservazioni in margine* a E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

R. Guastini, *Osservazioni in margine* a E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

R. Guastini, *A Framework for the Analysis of Judicial Discourse*, in C. Faralli / E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, I, Giuffrè, Milano, 1987.

R. Guastini, *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXIV, 1987.

R. Guastini, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in S. Bartole (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, CEDAM, Padova, 1988.

R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Giappichelli, Torino, II ed., 1989.

R. Guastini, *Due studi di teoria delle fonti*, in "Annali Giurisprudenza Genova", XXII, 1988/1989.

R. Guastini, *Giovanni Tarello giurista. Introduzione*, in S. Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, il Mulino, Bologna, 1989.

R. Guastini, *Hans Kelsen sull'interpretazione*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

R. Guastini, *Hans Kelsen su logica e diritto*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

R. Guastini, *Genaro Carrió e la trama aperta del diritto*, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

R. Guastini, *Disposizione vs. norma*, in "Giurisprudenza costituzionale", 34, 1989.

R. Guastini, *Concetti e criteri di validità*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 43, 1989.

A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. inglese di C.D. Broad, a cura di K. Olivecrona, Almqvist & Wiksells, Uppsala, 1953.

R.M. Hare, *Imperative Sentences* (1949), ora in Id., *Practical Inferences*, Clarendon, Oxford, 1971.

R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952.

R.M. Hare, *Practical Inferences*, Clarendon, Oxford, 1971.

Harris J. W. 1980 *Legal Philosophies*. Butterworths, London

H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in "Proceedings of the Aristotelian Society", 49, 1948-49.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961; trad. it. *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965.

H. L. A. Hart, *Kelsen Visited* (1963), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983

H.L.A. Hart, *Il concetto di obbligo* (1966), in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980.

H.L.A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* (1977), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.

H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.

R. Hernández Marín, *Ficciones jurídicas*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 3, 1986.

W.D. Hudson (ed.), *The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*, Macmillan, London, 1969.

N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffré, Milano, 1979.

N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffré, Milano, 1985.

V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Giuffré, Milano, 1970.

M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffré, Milano, 1976.

M. Jori, *Definizioni e livelli di discorso giuridico*, in A. Belvedere / M. Jori / L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrĕ, Milano, 1979.

M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffré, Milano, 1980.

M. Jori, *I principî nel diritto italiano*, in "Sociologia del diritto", 10, 1983.

M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffré, Milano, 1985.

M. Jori, *In margine all'ultimo Conte*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVI, 1986.

M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffré, Milano, 1987.

M. Jori, *Empirismo e dogmatica giuridica*, in C. Faralli / E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Giuffré, Milano, 1987.

M. Jori, *Formalisme juridique*, in A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988.

M. Jori / A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988.

G. Kalinowski, *Le problème de la verité en morale et en droit*, E. Vitte, Lyon, 1967.

G. Kalinowski, *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, L.G.D.J., Paris, 1969.

G. Kalinowski, *La logique des normes*, PUF, Paris, 1972.

H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche* (1919), trad. it. in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, E. S. I., Napoli, 1988.

H. Kelsen, *Socialismo e stato* (II ed. 1923), trad. it. a cura di R. Racinaro, De Donato, Bari, 1978.

H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1945; trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), a cura di S. Cotta e G. Treves, Comunità, Milano, 1952.

H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto* (1955), a cura di G. Treves, Comunità, Milano, 1956.

H. Kelsen, *Perché obbedire al diritto?* (1957), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981.

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960; trad. it. *Dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966.

H. Kelsen, *Sulla logica delle norme* (1959), a cura di L. Gianformaggio, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 19, 1989.

H. Kelsen, *Che cos'è la teoria pura del diritto?* (1960), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981

H. Kelsen, *La derogazione* (1962), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981.

H. Kelsen, *Diritto e logica* (1965), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. by O. Weinberger, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1973

H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979; trad. it. *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1985.

H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981.

H. Kelsen, *La democrazia*, IV ed., a cura di G. Gavazzi, Il Mulino, Bologna, 1981.

H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, E. S. I., Napoli, 1988.

G.C. Kerner, *The Revolution in Ethical Theory*, Clarendon, Oxford, 1966.

W.C. Kneale / M. Kneale, *Storia della logica* (1962), trad. it. a cura di A.G. Conte, Einaudi, Torino, 1972.

W. Krawietz / H. Schelsky / G. Winkler / A. Ramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1984.

F. La Valle, *Successione di leggi*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, UTET, Torino, 1971.

C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. II, Giuffré, Milano, 1979.

C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., UTET, Torino, 1985.

G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Estratto dai lavori della ricerca sulla "Argomentazione giuridica" patrocinata dal C.N.R., Torino, 1970.

E.T. Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", XII, 1957.

M.G. Losano, *Diritto e logica in Hans Kelsen* (1966), ora in Id., *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981.

M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981.

C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Giuffré, Milano, 1987.

C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffré, Milano, 1990.

N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978.

N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Arnold, London, 1981.

N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in A. Peczenik / L. Lindhal / B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science, Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1984.

N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in W. Krawietz / H. Schelsky / G. Winkler / A. Schramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.

N. MacCormick / O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism.* D. Reidel Publishing Co., Dordrecht-Boston, 1986.

A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, North-Holland, Amsterdam, 1982.

A.A. Martino / F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, North Holland, Amsterdam, 1986.

T. Mazzarese, *Negazione e abrogazione in deontica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XI, 1981.

T. Mazzarese, *Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XII, 1982.

T. Mazzarese, *Deontica kelseniana*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 18, 1988.

T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989.

G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, V ed., Giuffré, Milano, 1977.

L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989.

F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Giuffré, Milano, IX ed., 1957.

F. Modugno, *L'invalidità della legge*, 2 voll., Giuffré, Milano, 1970.
F. Modugno, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffré, Milano, 1985.

F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 1988.

L. Montesano, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", XIII, 1958.

L. Montesano, *Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme*, in "Rivista di diritto processuale", XVIII, 1963.

R. Moretti / A. Pizzorusso / F. Sorrentino / G. Volpe, *Garanzie costituzionali*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981.

C. Mortati, *Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale", 12, 1957.

C. Mortati, *Competenza esclusiva della Corte costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriori alla costituzione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 3, 1958.

C. Mortati, *Ancora su incostituzionalità e abrogazione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 4, 1959.

C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., CEDAM, Padova, 1969.

S. Munzer, *Legal Validity*, The Hague, 1972.

M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976.

C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, II ed., Astrea, Buenos Aires, 1980.

C.S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974.

K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà* (1962), trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

K. Olivecrona, *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen, 1939; trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Giuffré, Milano, 1967.

K. Olivecrona, *Law as Fact*, Stevens & Sons, London, 1971; trad. it. *La struttura dell'ordinamento giuridico*, a cura di E. Pattaro, Etas Kompass, Milano, 1972.

V. Onida, *L'attuazione della costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffré, Milano, 1977, vol. IV.

K. Opalek, *Theorie der Direktiven und der Normen*, Springer, Wien, 1986.

F.E. Oppenheim, *La tesi del diritto naturale: affermazione o negazione?* (1957), trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978.

R. Orestano, *'Diritto'. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981.

R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987.

A. Pace, *Identità o differenza tra la questione di costituzionalità della norma e la questione di costituzionalità della interpretazione?*, in "Giurisprudenza costituzionale", 10, 1965.

L. Paladin, *Diritto regionale*, III ed., CEDAM, Padova, 1979.

R. Pardolesi, *Giustizia costituzionale e diritto privato*, in "Quadrimestre", 1, 1984.

E. Paresce, *Dogmatica giuridica. II*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964.

G.H.R. Parkinson (ed.), *The Theory of meaning*, Oxford U.P., London, 1968.

G. Parodi, *Sul concetto di 'norma giuridica' nella «Allgemeine Theorie der Normen» di Hans Kelsen*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 15, 1985.

A. Pasquinelli, *Nuovi principî di epistemologia*, Feltrinelli, Milano, 1964.

G. W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, IV ed., Clarendon, Oxford, 1972.

E. Pattaro, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi* (1972), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

E. Pattaro, *Lineamenti per una teoria del diritto*, CLUEB, Bologna, 1985.

E. Pattaro, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, 2 voll., CLUEB, Bologna, 1986 e 1987.

A. Peczenik, *Principles of Law. The Search for Legal Theory*, in "Rechtstheorie", 2, 1971.

A. Peczenik, *Non-equivalent Transformations and the Law*, in "Rechtstheorie", Beiheft 1, 1979.

A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983.

A. Peczenik / L. Lindhal / B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984.

Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.

C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica* (1976), trad. it Giuffré, Milano, 1979.

Ch. Perelman / P. Foriers (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.

P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1984.

P. Perlingieri, *Scuole tendenze metodi. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 1989.

M. Piacentini, *Dogma*, in *Novissimo digesto italiano*, VI, UTET, Torino, 1960.

V. Piano Mortari, *Dogmatica giuridica. I. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964.

F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffré, Milano, 1962.

A. Pintore, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 11/12, 1982-83.

A. Pizzorusso, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", XIII, 1963.

A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1977.

A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Edizioni de "Il foro italiano", Roma, 1984.

A. Pizzorusso, *I princîpi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, Relazione letta all'Accademia dei Lincei, maggio 1991 (in corso di stampa).

A.M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), trad. it. Zanichelli, Bologna, 1986.

P. Pollastro, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XIII, 1983.

K.R. Popper, *Che cos'è la dialettica* (1937), ora in Id., *Congetture e confutazioni*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1972.

K.R. Popper, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Clarendon, Oxford, 1972.

K.R. Popper, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, II ed. (1976), trad. it., Armando, Roma, 1978.

S. Pugliatti, *Abrogazione*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffré, Milano, 1958.

R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1974.

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford U.P., Oxford, 1971.

J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico* (II ed., 1973), trad. it. a cura di P. Comanducci, Il Mulino, Bologna, 1977.

J. Raz, *Legal Validity* (1977), ora in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979.

J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979.

N. Rescher, *The Logic of Commands*, Routledge & Kegan Paul, London, 1966.

G.U. Rescigno, *Note preliminari sulle principali manchevolezze nella tecnica legislativa*, in AA.VV., *Fattibilità e applicabilità dell leggi*, Maggioli, Rimini, 1983.

P. Rescigno (ed.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, UTET, Torino, 1982.

A. Ross, *Il problema delle fonti del diritto alla luce di una teoria realistica del diritto* (1935), in S. Castignone e R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, ECIG, Genova, 1989.

A. Ross, *Imperativi e logica* (1941), in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Munksgaard, Copenhagen, 1946.

A. Ross, *Che cos'è la democrazia?* (1950), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989.

A. Ross, *Why Democracy*?, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1952.

A. Ross, *Tû-Tû* (1957), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

A. Ross, *Giustizia, diritto, e politica secondo Kelsen* (1957), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989.

A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958; trad.it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965.

A. Ross, *La definizione nel linguaggio giuridico* (1958), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

A. Ross, *Sui concetti di 'stato' e di 'organo dello stato' nel diritto costituzionale* (1961), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989.

A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1962), in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), trad. it. in S. Castignone / R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, ECIG, Genova, 1989.

A. Ross, *Giusnaturalismo contro positivismo giuridico* (1963), trad. it. in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXIII, 1979.

A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968; trad.

it. *Direttive e norme*, a cura di M. Jori, Comunità, Milano, 1978.

A. Ross, *Sull'autoriferimento e su un "puzzle" nel diritto costituzionale* (1969), trad. it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ross, *Le finzioni giuridiche* (1969), trad. it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ross, *Esistenza e validità di una norma* (1970), trad it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ross, *Ascesa e caduta della teoria dei performativi* (1972), trad.it. in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982.

A. Ruggeri, *Gerarchia, competenza, e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffré, Milano, 1977.

J. Salmond, *Jurisprudence*, 12th ed. by P. J. Fitzgerald, Sweet & Maxwell, London, 1966.

A.M. Sandulli, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Torino, 1963.

A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffré, Milano, 1967.

A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed. (rist.), Jovene, Napoli, 1980.

U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1953.

U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 1959, rist. Giuffré, Milano, 1985.

U. Scarpelli, *Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 17, 1963.

U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

U. Scarpelli, *Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 46, 1967.

U. Scarpelli, *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino, 1969.

U. Scarpelli, *Il metodo giuridico* (1971), ora in Id., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

U. Scarpelli (ed.), *La logica e il dover essere*, fascicolo speciale della "Rivista di filosofia", 4, febbraio 1976.

U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

U. Scarpelli, *Filosofia e diritto*, in AA. VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida, Napoli, 1982.

U. Scarpelli, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983.

U. Scarpelli, *Validità*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, UTET, Torino, estratto s.d.

J. R. Searle, *How to Derive "Ought" from "Is"*, in "Philosophical Review", 73, 1964.

J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U.P., Cambridge, 1969.

J. R. Searle, *The Logical Status of Fictional Discourse*, in Id., *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge U. P., Cambridge, 1979.

J. R. Searle, *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge U. P., Cambridge, 1979.

C. Segre (ed.), *Intorno alla linguistica*, Feltrinelli, Milano, 1983.

F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 22, 1972.

F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova, 1984.

F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, II ed., ECIG, Genova, 1985.

F. Sorrentino, *I principî generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Diritto e società", n. 2, 1987.

C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale U.P., New Haven, 1944.

R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell U.P., Ithaca / London, 1982.

G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano, 1962.

G. Tarello, *Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche*, in "Politica del diritto", 1, 1970.

G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, Milano, II ed., 1972.

G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.

G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

G. Tarello, *Filosofia del diritto*, in S. Cassese (ed.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978.

G. Tarello, *Tecniche interpretative e referendum popolare* (1978), ora in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980.

G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova, 1975.

F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della «fictio juris»*, CEDAM, Padova, 1979.

P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Giuffré, Milano, 1983.

P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in F.

Gentile (ed.), *Interpretazione e decisione - Diritto ed economia*, Società italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XVI congresso nazionale, Giuffré, Milano, 1989.

M. Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale* (1975), in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., Paris, 1980.

M. Troper, *Kelsen, la théorie de l'inteprétation et la structure de l'ordre juridique*, in "Revue internationale de philosophie", 1981, n. 138

M. Troper, *L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16*, in "Droits", 1988, n. 8.

M. Troper, *Normativisme*, in A.-J. Arnaud et al. (eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1988

M. Troper, *Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

H. Vaihinger, *La filosofia del come se* (1914), trad. it. a cura di F. Voltaggio, Ubaldini, Roma, 1967.

C. Varga / J. Szájer, *Fiction*, in A.-J. Arnaud et al. (eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L. G. D. J.-E. Story-Scientia, Paris, Bruxelles, 1988.

M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon, Oxford, 1967.

M. Villey, *Le droit dans les choses*, in P. Amselek / C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

P. Virga, *Diritto costituzionale*, IX ed., Giuffré, Milano, 1979.

G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffré, Milano, 1977.

G.J. Warnock, *Contemporary Moral Philosophy*, Macmillan, London, 1967.

G. Williams, *La controversia a proposito della parola "diritto"* (1945), trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), Routledge & Kegan Paul, 1961.

G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

G.H. von Wright, *La fondazione delle norme e degli asserti normativi* (1965), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987

G.H. von Wright, *Norms, Truth, and Logic, in Id., Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983.

G.H. von Wright, *Practical Reason*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983.

G.H. von Wright, *Demystyfing Propositions*, in Id., *Truth, Knowledge, and Modality*, Routledge & Kegan Paul, London, 1984.

G.H. von Wright, *Truth, Knowledge, and Modality*, Routledge & Kegan Paul, London, 1984.

J. Wróblewski, *Normativity of Legal Science*, dans "Logique et analyse", IX, 1966

J. Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

J. Wróblewski, *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto* (1969), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

J. Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale* (1974), trad. it. in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giudiziale. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987.

J. Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, in Ch. Perelman / P. Foriers (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.

J. Wróblewski, *Tre concetti di validità*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXVI, 1982.

J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, II ed. 1983.

J. Wróblewski, *Justification through Principles and Justification through Consequences*, in C. Faralli / E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, I, Giuffré, Milano, 1987.

G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984.

G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977.

G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1988.

P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, CEDAM, Padova, 1975.

Z. Ziembinski, *Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement*, in "Archives de philosophie du droit", 19, 1974.